

بين
المصالح المرسلة والاستحسان

دراسة الفروع المتشابهة
عند المالكية والحنفية

أم كلثوم بن حود





الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة أدرار

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية

قسم العلوم الإسلامية

جامعة أحمد دراية -أدرار

Université Ahmed Draia Adrar- alger

بين المصالح المرسلة والاستحسان

دراسة الفروع المتشابهة عند المالكية والحنفية

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر في الفقه وأصوله

إعداد الطالبة:

_ أم كلثوم بن حوّد

إشراف الدكتور :

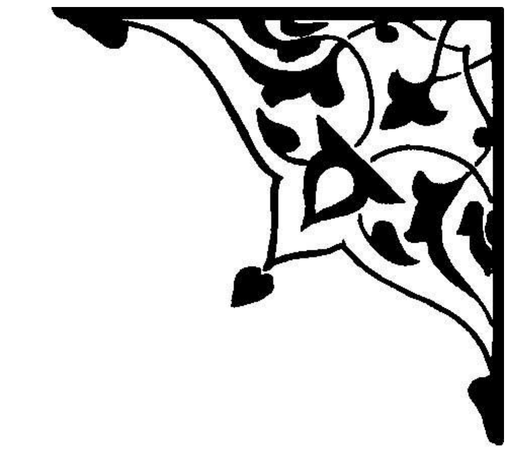
_ عبد الحميد كرومي

لجنة المناقشة

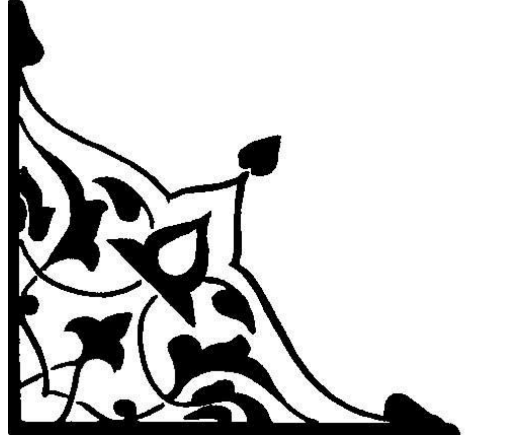
	الاسم واللقب	الرتبة	الصفـة
01	د. عاشور بوقلقولة	أستاذ محاضر -أ-	رئيساً
02	د. عبد الحميد كرومي	أستاذ محاضر - أ-	مشرفاً ومقرراً
03	د. عائشة لـروي	أستاذ محاضر - ب-	عضواً مناقشاً

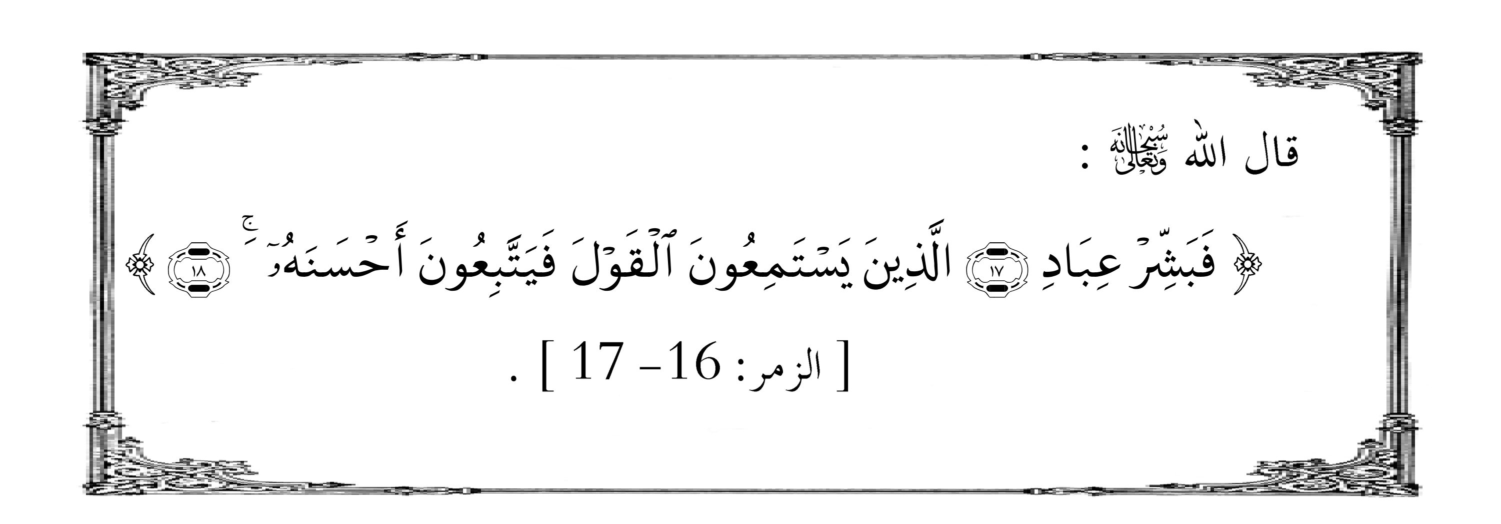
الموسم الجامعي □□□□ □□□□ هـ □□□□ □□□□ م





بسم الله الرحمن الرحیم





قال ابن القيم:

« إنّ الشريعة مبناها وأساسها على الحِكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدلٌ كلها، ورحمةٌ كلّها، ومصالح كلّها، وحكمةٌ كلّها، فكلُّ مسألةٍ خرجتْ عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدّها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث، فليست من الشريعة وإنْ أدخلت فيها بالتأويل » .

إعلام الموقعين عن رب العالمين



شكر وعرفان

الحمد لله العلي القدير الذي تتم بنعمته الصالحات، فله الحمد كما يحب ويرضى وله الشكر، أنْ يسّر لي كل عسير، وما كنت لأهتدي لولا أنْ هداني.
وأتقدم بالشكر للوالدين الكريمين على تشجيعهما لي في مسيرتي العلمية.
والشكر الجزيل لأستاذي المشرف الشيخ الدكتور عبد الحميد كرومي على ما قدمه لي من إرشادات وتوجيهات فجزاه الله خير الجزاء.
كما أتقدم بجزيل الشكر والتقدير للدكتورة الفاضلة لروي عائشة على نصائحها القيمة والهادفة.
ولأساتذتي الأفاضل في قسم العلوم الإسلامية الذين تعلمت على أيديهم وكان لهم الفضل في مسيرتي العلمية، خالص الشكر والامتنان.

وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا محمد

مقدمة



مقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد:

إنّ ما يميز الشريعة الإسلامية؛ أنّها صالحة لكل زمان ومكان؛ لكونها قادرة على مسايرة التطورات والمستجدات، وما جعلها قادرة على مسايرة التطورات هو غِناها بالأصول والأدلة الشرعية التي قام عليها الفقه، ومِن هذه الأدلة ما هو متفق عليه ومنها ما هو مختلف فيه بين علماء الشريعة، ومن بين تلك الأدلة المختلف فيها دليلا المصلحة المرسلة و الاستحسان.

فهذان الأصلان من الأصول التي تضاربت فيها وجهات النظر والآراء بين الأصوليين، فمنهم مَن تشدّد في الأخذ بهما، ومنهم مَن تلقاهما بالقبول وأجاز بناء الأحكام عليهما، ونظراً لاشتهار المذهب الحنفي بالاستحسان والمذهب المالكي بالمصالح المرسلة؛ جاء هذا البحث للكلام عنهما في المذاهب المشهورة بصفة عامة، وفي المذهبين الحنفي والمالكي بصفة خاصة؛ وذلك للتداخل الحاصل بينهما في بعض المسائل الفقهية المتشابهة والمتفرعة عنهما، والتي تشابَهَ الحكم فيها عند المذهبين، مع استناد الأحناف في الحكم على الاستحسان، واعتماد المالكية في ذلك الحكم على المصلحة المرسلة.

أهمية الموضوع:

1- ما يميز هذا البحث أنه يجمع بين الشقين الأصولي والفقهي .

2- يُبرز العلاقة بين المصلحة المرسلة والاستحسان.

3- يُبيّن حقيقة الخلاف بين المالكية والحنفية في المصالح المرسلة والاستحسان .

4- يُبرِزُ دور المصلحة المرسلة والاستحسان في تحقيق مقاصد الشارع .

إشكالية البحث:

تتمثل إشكالية البحث في التساؤلات التالية:

١ -هل الأخذ بالمصلحة المرسلة أصلٌ معتمَد في الفقه المالكي فقط؟ أم يتعدى غيره من المذاهب؟

٢ -هل الاحتجاج بالاستحسان خاصٌ بمذهبِ الأحناف؟

٣ -إلى أيّ مدىً يمكن أن يكون الاستحسان عند الأحناف والمصالح المرسلة عند المالكية متشابهين؟ وكيف يُفسَّر هذا التشابه؟



٤ -هل للخلاف في الأصول أثر في الفروع؟

أسباب اختيار الموضوع:

من الأسباب التي دعتني لاختيار هذا الموضوع ما يلي:

1- الرغبة الذاتية في الاطلاع على آراء العلماء في الموضوع.

2- أهمية الموضوع في حد ذاته.

3- رغبتي في معرفة مدى الارتباط بين المذهب الحنفي والمالكي في أصليْ الاستحسان والمصلحة المرسلة.

أهداف البحث:

من الأهداف التي أسعى للوصول إليها من خلال الإجابة عن الإشكالية المطروحة تتمثل فيما يلي:

1- إبراز مدى اعتبار المصلحة المرسلة والاستحسان عند المذاهب الأربعة .

2- تبيين أثر اختلاف الأصول على الفروع.

3- التمثيل بنماذج تطبيقية من أبواب فقهية مختلفة، تبرز التشابه بين المصلحة المرسلة عند المالكية والاستحسان عند الحنفية، وتفسير مدرك هذا التشابه.

المنهج المتّبع في البحث:

في هذا البحث اعتمدت على المناهج التالية:

المنهج التحليلي: من خلال تحرير محل النزاع في كلٍّ من المصلحة المرسلة والاستحسان وذكرِ آراء الأصوليين فيهما وأدلتهم على ذلك مع مناقشتها والرد عليها، وبيان الرأي الراجح إن أمكن.

المنهج الاستقرائي: من خلال تتبع المسائل الفقهية المتشابهة في المذهبين الحنفي والمالكي، والتي كان الحكم الفقهي فيها متفق عليه عندهما، على أنْ يكون الأصل المعتمَد عليه في استنباط الحكم عند الأحناف هو الاستحسان، وعند المالكية هو المصلحة المرسلة.

المنهج المقارن: استعملته في بعض المواضع من الجانبين النظري والتطبيقي؛ ففي الجانب النظري كالمقارنة بين شروط العمل بالمصلحة المرسلة عند الأصوليين، والمقارنة بين أنواع الاستحسان عند المالكية والحنفية، أما في الجانب التطبيقي فقد استعملته في المقارنة بين آراء المالكية وأدلتهم في الفروع الفقهية مع ما يقابلها من آراء وأدلة الحنفية.

المنهج الاستنباطي: ويظهر في النتائج المتوصل إليها بعد المقارنات الواردة في البحث.

أهم المصادر المعتمد عليها:

للبحث في هذا الموضوع اعتمدت على مصادر ومراجع متعددة، ففي الشق النظري والذي يمثل الدراسة التأصيلية للمصلحة المرسلة والاستحسان، رجعت إلى كتب الأصول الخاصة بالمذاهب الفقهية المشهورة، من بينها: ،كتاب (كشف الأسرار) لعبد العزيز البخاري، (أصول السرخسي) للسرخسي، وكتابي (الاعتصام) و(الموافقات) للشاطبي، كتاب (المستصفى) للغزالي، (الإحكام في أصول الأحكام) للآمدي، (شرح مختصر الروضة) للطوفي، (روضة الناظر وجُنّة المناظر) لابن قدامة المقدسي، (الإحكام في أصول الأحكام) لابن حزم.

كما رجعت إلى بعض الكتب الحديثة منها:كتاب (المصلحة المرسلة والاستحسان وتطبيقاتهما الفقهية) لعبد اللطيف العلمي، (الاستحسان) ليعقوب الباحسين، (أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي) مصطفى البغا. كتاب (ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية) للبوطي .

أمّا في الشق التطبيقي؛ فقد اعتمدت على كتب الفقه المالكي والحنفي، لمعرفة آراء فقهاء المذهبين في المسائل الفقهية المعروضة.

الدراسات السابقة:

من بين الدراسات السابقة حول موضوع المصلحة المرسلة والاستحسان:

1- دراسة عبد اللطيف العلمي، الموسومة بـــ: (المصلحة المرسلة والاستحسان وتطبيقاتهما الفقهية)، قام فيها الباحث بدراسة الموضوع من حيث التأصيل والتفريع، إلاّ أنّه قام بعرض الفروع الفقهية في المصلحة المرسلة وأقوال الفقهاء فيها وأدلتهم على ذلك، والفروع الخاصة بالاستحسان وأقوال الفقهاء وأدلتهم فيها، ولم تُعنَ دراسته بجمع الفروع الفقهية المتشابهة في كل من المصلحة المرسلة والاستحسان والخاصة بالمذهبين الحنفي والمالكي، وهذا ما يختص به البحث.

2- دراسة زين العابدين العبد محمد النور، بعنوان: (رأي الأصوليين في المصالح المرسلة والاستحسان من حيث الحجيّة)، وهي رسالة جامعية نال بها صاحبها درجة الدكتوراه من جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، تكلمَ الباحث في هذه الدراسة عن حقيقة المصلحة المرسلة والاستحسان عند الأصوليين والخلاف الذي جرى بين الأصوليين في هذين الأصلين، كما تكلم عن الفروع الفقهية ، وذلك بإيراد مسائل من المصلحة المرسلة مع بيان وجه المصلحة فيها، وبيان

مراتبها، ومذاهب العلماء فيها، ومسائل من الاستحسان بيّن فيها وجه كونها من باب الاستحسان. فهو أيضاً لم يخصص بحثه لدراسة الفروع الفقهية المتشابهة في المصلحة المرسلة والاستحسان عند المالكية والحنفية.

المنهجية المتبعة في البحث: اعتمدت في هذا البحث على المنهجية التالية:

1- عزو الآيات إلى سورها بذكر اسم السورة ورقم الآية.

2- تخريج الأحاديث من مظانها، مع الحكم على الحديث إنْ كان من غير الصحيحين.

3- عند توثيق المراجع، ذكرتُ اسم الكتاب، ثم اسم المؤلف ،ثم رقم المجلد أو الجزء، والصفحة، وذكرِ بيانات النشر في ثبت المصادر والمراجع.

4- الترجمة للعلماء القدامى الوارد ذكرهم في البحث إلاّ قلة ممن لم أقف على ترجمة لهم، كما لم أترجم للصحابة والتابعين، وأئمة المذاهب المشهورة والعلماء من المعاصرين.

5- طريقتي في عرض المسائل الفقهية أنْ أذكر صورة المسألة، ثم قول المذهبين الحنفي والمالكي فيها ودليل كلٍّ منهما.

6- شرحُ بعض المصطلحات الفقهية.

7- جعلت للبحث مجموعة من الفهارس، فهرساً للآيات القرآنية الكريمة، مرتبة حسب ترتيب السور في المصحف، وفهرساً للأحاديث النبوية الشريفة والآثار مرتبة حسب الحروف الهجائية، وفهرساً للمسائل الفقهية المدروسة، وفهرساً لبعض المصطلحات الفقهية، وفهرساً للأعلام المترجم لهم، وثبتاً للمصادر والمراجع قسّمتُ فيه المصادر والمراجع حسب الفنون.

الصعوبات:

من الصعوبات التي واجهتني في هذا الموضوع، هي صعوبة البحث عن الفروع الفقهية المتشابهة في المذهبين الحنفي والمالكي.

خطة البحث:

لدراسة هذا الموضوع قسمت البحث إلى مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة بأهم النتائج:

المقدمة عرضتُ فيها تعريفاً بالموضوع، وإشكاليته، أهمية الموضوع وأسباب اختياره، وأهدافه والمنهج المتبع فيه، وبعض المصادر المعتمد عليها في البحث والدراسات السابقة في الموضوع.

المبحث الأول: خُصِّص لبيان حقيقة المصلحة المرسلة، وتندرج تحته ثلاثة مطالب:



المطلب الأول: يتضمن التعريف اللغوي والاصطلاحي للمصلحة، وتعريف المصلحة المرسلة عند الأصوليين.

المطلب الثاني: تناولت فيه حجية المصلحة المرسلة.

المطلب الثالث: تضَمّن شروط العمل بالمصلحة المرسلة.

أما المبحث الثاني: فقد خصصته لأصل الاستحسان، وهو موسوم بـ: حقيقة الاستحسان، ويحتوي هذا المبحث على ثلاثة مطالب:

أما المطلب الأول: فقد جاء لبيان حقيقة الاستحسان من الناحية اللغوية، والاصطلاحية.

المطلب الثاني: خصصته لبيان رأي الأصوليين في الاستحسان من حيث الحجية.

المطلب الثالث: تناولت فيه أقسام الاستحسان عند القائلين به، مع إبراز العلاقة بين الاستحسان والمصلحة المرسلة.

المبحث الثالث: فقد تناولت فيه المسائل الفقهية في المصلحة المرسلة عند المالكية وما يشابهها من مسائل في الاستحسان عند الحنفية، فجاء هذا المبحث موسوماً بعنوان: دراسة الفروع المتشابهة في المصالح المرسلة والاستحسان عند المالكية والحنفية. ويتضمن هذا المبحث ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مسائل في البيع. يحتوي هذا المطلب على بعض المسائل في باب البيوع.

المطلب الثاني: مسائل في الإجارة والجعالة.

المطلب الثالث: مسألة في الميراث.

خاتمة ذكرت فيها أهم نتائج البحث.

هذا وأسأل الله التوفيق والسداد فيها، صبوتُ إليه وقصدتُه. فهو نعم المولى والمعين.



المبحث الأول

حقيقة المصلحة المرسلة





تمهيد:

تُعتبر المصالح مقصداً من مقاصد الشرع؛ فقد جاءت النصوص متضافرة على تحقيقها والحث على جلبها وتكثيرها وتقليل المفاسد ودرءها. والمصالح باعتبار الشارع لها من عدمه تنقسم إلى ثلاث: مصالح معتبرة وأخرى ملغاة ، ومصالح سكت الشارع عنها وهي المرسلة.

أمّا المصالح المعتبرة فهي ما شهد دليل شرعي لها بالاعتبار، كحفظ النفس مثلاً مصلحة اعتبرها الشارع ،وللحفاظ عليها شُرع مثلاً القصاص .أمّا المصالح الملغاة فهي التي شهِد لها الدليل الشرعي بالإلغاء، كالتّبني فهو يبدو في ظاهره مصلحة وبالنظر إلى مآله فهو مفسدة لذلك ألغاه الشرع بنص القرآن الكريم في قوله ﷻ: ﴿ٱدۡعُوهُمۡ لِأٓبَآئِهِمۡ هُوَ أَقۡسَطُ عِندَ ٱللَّهِۚ فَإِن لَّمۡ تَعۡلَمُوٓاْ ءَابَآءَهُمۡ فَإِخۡوَٰنُكُمۡ فِي ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمۡۚ ۝٥﴾ [الأحزاب :05].

والمصالح الأُخرى هي المسكوت عنها، وهي ما عُبّر عنها بالمصالح المرسلة أيْ التي لم يدل دليل خاص لها على إلغائها أو إعتبارها ،وهي ما سيُتناولُ في هذا المبحث .



المطلب الأول :تعريف المصلحة المرسلة

أوّلاً : المصلحة لغة :

المصلحة من صَلَحَ أو صلُح و الصلاح ضد الفساد، والمصلحة واحدة المصالح [1].

وأصلح الشيءبعد فساده :أقامه .وأصلح إلى دابّته أحسن إليها [2].

و صلح فلان بعد الفساد، وأصلح الله تعالى الأمير، وأصلح في ذرّيته وماله، وسعى في إصلاح ذات البيْن .وأمر الله تعالى ونهى لاستصلاح العباد [3].

وأصلح الشيء: أزال فساده، رتّبه ونظّمه، ضد أفسده، وأصلح الشخص من أمْرِه حسّنه، وصلَح له الأمر، ناسبه ولاءمه. واستصلح، يستصلح، استصلاحا، فهو مستصلِح، والمفعول مُستصلَح [4].

ثانيا: المرسلة لغةً :

من أرسل الشيء بمعنى أطلقه وأهمله ،يُقال أرسل الكلام :أطلقه من غير تقييد [5].

والإرسال أيضا: الإهمال وهو قريب من الإطلاق والتخلية [6].

و المصلحة المرسلة بمعنى المطلقة وغير المقيّدة.

ثالثا : المصلحة اصطلاحاً :

تعدّدت تعاريف المصلحة عند علماء الأصول، يُذكر منها :

1- الغزالي [7]: قال:" المصلحة هي المحافظة على مقصود الشرع .ومقصود الشرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم: دينهم، ونفسهم، وعقلهم، ونسلهم، ومالهم. فكل ما يتضمن حفظ

---

[1] لسان العرب، ابن منظور: 2479/4؛ (المادة: صَلَحَ).

[2] تاج العروس، الزبيدي: 548/6؛ (المادة: صَلَحَ).

[3] أساس البلاغة، الزمخشري : 554/1.

[4] معجم اللغة العربية المعاصرة، أحمد مختار ،عبد الحميد عمر: 1311/2-1312.

[5] المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية: 344.

[6] تاج العروس، الزبيدي: 72/29.

[7] هو محمد بن محمد الإمام أبو حامد الغزالي، الطوسي الشافعي حجة الإسلام، ولد سنة (450 هـ) من مصنفاته: المستصفى في أصول الفقه، ، إحياء علوم الدين، إلجام العوام في علم الكلام، توفي سنة (505 هـ) . طبقات الشافعية الكبرى، تاج الدين السبكي: 6/ 191- 224- 225.

هذه الأصول الخمسة، فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول، فهو مفسدة، ودفعها مصلحة))[1].

يُؤخذ على تعريف الغزالي أنّه اقتصر على قسم واحد من المصالح، وهي المصالح المؤدّية إلى المقصد الضروري، وأهمل المصالح الحاجية والتحسينية، وكلاهما من المصالح التي يَقصد الشرع إلى تحقيقها في حياة الناس [2].

2- الخوارزمي[3]: قال:((المراد بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع بدفع المفاسد عن الخلق))[4].

يُؤخذ على تعريفه أنّه غير شامل لأنواع المصالح، لاقتصاره على المصلحة التي تؤدّي إلى حفظ مقصود الشارع بدفع ما يُفوّت مقصوده؛ وهي المصلحة المحافظة على المقصود من حيث السلب، و لم يتطرق للمصلحة المحافِظة على المقصود مِن حيث الجلب أو الإيجاب كالنكاح الذي يحصل به بقاء النوع الإنساني [5].

3- الشاطبي [6]: قال: ((أعني بالمصالح ما يرجع إلى قيام حياة الإنسان وتمام عيشه ونيله ما تقتضيه أوصافه الشهوانية و العقلية على الإطلاق، حتى يكون مُنعَّماً على الإطلاق)) [7]

يُؤخذ على تعريف الشاطبي أنّه اقتصر على المصلحة الدنيوية العاجلة للإنسان و لم يُعنَ بالمصلحة الأخروية، و لم يُقيّدها بأن تكون مقصودة للشارع[8].

---

[1] المستصفى، الغزالي: 482/2 .

[2] انظر: رأي الأصوليين في المصالح المرسلة و الاستحسان من حيث الحجية، زين العابدين النور:44/1.

[3] هو الحافظ أبو عبد الله محمد بن محمد بن أرسلان العباسي الخوارزمي، ولد سنة (492هـ)، من آثاره: الكافي في الفقه، تاريخ خوارزم، توفي سنة (568 هـ) . طبقات الشافعية الكبرى، تاج الدين السبكي: 7/ 289- 290؛ وانظر: معجم المؤلفين، عمر رضا كحالة: 3/ 626.

[4] إرشاد الفحول، الشوكاني: 990/2 .

[5] انظر: رأي الأصوليين في المصالح المرسلة والاستحسان، زين العابدين النور: 43/1.

[6] هو أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي المالكي، الشهير بالشاطبي، العلامة المحقق، النظار، من مؤلفاته: الإعتصام، عنوان الإتفاق في علم الإشتقاق، الموافقات، توفي سنة (790 هـ) . شجرة النور الزكية، محمد مخلوف: 1/ 231.

[7] الموافقات، الشاطبي: 25/2.

[8] المصلحة المرسلة ضوابطها وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي، سمية قرين: 24.

4- الطوفي[1]: « المصلحة بحسب العُرف: هي السبب المُؤدِّي إلى الصلاح و النفع، كالتجارة المؤدية إلى الربح. وبحسب الشرع: هي السبب المؤدّي إلى مقصود الشارع عبادة أو عادة »[2].

يُؤخذ على تعريف الطوفي أنه فسّر السبب بكونه عبادة أو عادة، وهما ليسا حُكميْن، وإنما محكوم بهما، كما أنّ كلاً منهما مؤدٍّ إلى حفظ مقصود الشرع [3] .

5- العز بن عبد السلام [4]: « المصالح هي اللذات وأسبابها والأفراح وأسبابها . أمّا لذّات الدنيا الدنيا وأسبابها وأفراحها وأسبابها فمعلومة بالعادات، وأما لذات الآخرة وأسبابها وأفراحها وأسبابها فقد دلّ عليها الوعد والوعيد، والزجر والتهديد» [5].

أما اللذات ففي مثل قوله ﷻ: ﴿يُطَافُ عَلَيْهِم بِصِحَافٍ مِّن ذَهَبٍ وَأَكْوَابٍ ۖ وَفِيهَا مَا تَشْتَهِيهِ ٱلْأَنفُسُ وَتَلَذُّ ٱلْأَعْيُنُ ۖ وَأَنتُمْ فِيهَا خَٰلِدُونَ ﴿٧١﴾﴾ [الزخرف :71].

وأما الأفراح ففي مثل قوله ﷻ: ﴿فَوَقَىٰهُمُ ٱللَّهُ شَرَّ ذَٰلِكَ ٱلْيَوْمِ وَلَقَّىٰهُمْ نَضْرَةً وَسُرُورًا ﴿١١﴾﴾ [الإنسان :11] .

عرّف العز بن عبد السلام المصلحة من خلال بيان أقسامها، إلا أنّ تعريفه هذا غير مانعٍ، فهو لم يذكر ما مدى ملائمة هذه اللذات والأفراح لمقاصد الشرع،كما أنّ هذا التعريف يتفق مع المعنى اللغوي للمصلحة الذي يقرر أن المصلحة هي المنفعة [6].

---

[1] هو سليمان بن عبد القوي بن سعيد الطوفي الحنبلي فقيه، أصولي، ولد سنة بضع وسبعين وسبعمائة، من تصانيفه: بغية السائل في أمهات المسائل في أصول الدين، مختصر الحاصل في أصول الفقه، توفي سنة (716هـ). الذيل على طبقات الحنابلة، ابن رجب: 4/404- 415؛ وانظر: معجم المؤلفين: 1/ 791 - 792.

[2] رسالة في رعاية المصلحة، الطوفي : 25 .

[3] انظر: رأي الأصوليين في المصالح المرسلة والاستحسان، زين العابدين النور: 43/1.

[4] هو عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم، إمام عصره برع في المذهب الشافعي ولد سنة (578هـ)، من مصنفاته: كتاب التفسير الكبير، مختصر النهاية، توفي بمصر سنة (660هـ). طبقات الشافعية الكبرى، تاج الدين السبكي: 8/ 209؛ وانظر، مرآة الجنان، الإمام اليافعي: 4/ 116- 119- 120.

[5] قواعد الأحكام في إصلاح الأنام، عز الدين بن عبد السلام : 1/ 15 - 16 .

[6] انظر: المصلحة المرسلة ضوابطها وتطبيقاتها في الفقه الاسلامي، سمية قرين: 23 .



رابعا: تعريف المصلحة المرسلة :

اختلفت آراء علماء الأصول في تعريف المصلحة المرسلة:

1- فهي عند القرافي[١]: « ما لم يشهد لها الشرع بالاعتبار ولا بالإلغاء »[٢].

2- الآمدي[٣] عبّر عنها بالمناسب المرسل وقال: « هو ما لم يشهد الشرع له باعتبار ولا إلغاء»[٤].

3- و عرّفها الرازي[٥] بقوله: « ما لم يشهد له بالاعتبار، ولا بالإبطال نصٌّ معيّن »[٦].

والتعاريف الثلاثة متفقة كما هو الظاهر.

4- وعرّفها الشاطبي بقوله: « المصالح المرسلة هي من باب الاجتهاد الملائم لقواعد الشريعة وإنْ لم يشهد لها أصل مُعيّن »[٧].

وقال في الاعتصام: « معناها اعتبار المناسب الذي لا يشهد له أصل معيّن، فليس له شاهد شرعي على الخصوص، ولا كونه قياساً تتلقاه العقول بالقبول »[٨].

قول الشاطبي بأنّ المصلحة المرسلة معتبرة وملائمة لقواعد الشرع و إنْ لم يشهد لها نص خاص، دليل على اعتبار بناء الأحكام عليها .

---

[١] هو شهاب الدين أبو العباس إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المصري مالكي المذهب، من مؤلفاته: الذخيرة، القواعد، التنقيح، توفي سنة (684هـ) .الديباج المذهب، ابن فرحون المالكي: 128- 129.

[٢] شرح تنقيح الفصول، القرافي: 446.

[٣] هو علي بن أبي علي الإمام أبو الحسن سيف الدين الآمدي، الأصولي المتكلم الشافعي، ولد بعد سنة (550 هـ) بيسير، بمدينة آمد، صنف كتاب الأبكار في أصول الدين، الإحكام، توفي بدمشق. طبقات الشافعية الكبرى: 8/ 306 - 307.

[٤] الإحكام في أصول الأحكام، الآمدي: 4/ 195 .

[٥] هو محمد بن عمر بن الحسن التيمي الرازي فخر الدين، المعروف بابن الخطيب الشافعي، إمام المتكلمين ولد سنة (543 هـ) وقيل (544 هـ)، له من التصانيف: البيان، إرشاد النظّار، المباحث العمادية، توفي سنة (606 هـ) . طبقات الشافعية الكبرى، السبكي: 8/ 81- 87 ؛ وانظر: هدية العارفين: 107/2.

[٦] المحصول في علم الأصول، الرازي: 163/6 .

[٧] الموافقات، الشاطبي: 3/ 41 .

[٨] الاعتصام، الشاطبي: 2/ 351 .



التعريف المختار:

يُختار لتعريف المصلحة المرسلة ما ذكره الشاطبي في كتابه الموافقات حيث عبّر عن المصلحة المرسلة بالاستدلال المرسل وقال :«هو ما لم يشهد له نص معيّن، وكان ملائما لتصرفات الشرع و مأخوذاً معناه من أدلته » [1].

والسبب في اختياره أنّ هذا التعريف يبدو مناسباً لمواصفات المصلحة المرسلة؛ لأنها تكون في الوقائع التي سكت عنها الشارع فلم يدل عليها دليل معيّنٌ وإنْ كانت قد دلت عليها أدلة الشرع الإجمالية، وكونه ملائماً لتصرفات الشارع؛ معناه أنه من شأنه أن يجلب نفعاً أو يدفع ضرراً مقصوداً للشارع .

أمثلة عن المصلحة المرسلة:

أورد الشاطبي مجموعة من أمثلة المصلحة المرسلة منها:

1- جمع الصحابة للمصحف وليس ثَمَّ نص على جمعه، و لم يُنقل فيه خلاف عنهم، ونسخ الصحف في المصاحف، فهذا لم يرد فيه نص عن النبيّ ﷺ، لكنهم رأوه مصلحة تناسب تصرفات الشرع قطعاً؛ لأنّ ذلك راجع إلى حفظ الشريعة ومنع الاختلاف في القرآن [2] .

2- اتفاق الصحابة على حد شارب الخمر ثمانين جلدة، ومستندهم في ذلك التمسك بالاستدلال المرسل، قال العلماء: لم يكن فيه في زمان رسول الله ﷺ حدٌّ مقدر وإنما جرى الزجر فيه مجرى التعزير...ووجه إجراء هذه المسألة على الاستدلال المرسل أنّ الصحابة أو الشرع يقيم الأسباب في بعض المواضع مقام المسببات...فرأوا أنّ الشرب ذريعة إلى الافتراء الذي تقتضيه كثرة الهذيان...وهذا دليل واضح على إسناد الأحكام إلى المعاني التي ليس لها أصول خاصة بها، وهو مقطوع من الصحابة [3].

---

[1] الموافقات: 1/ 39 .

[2] انظر: الاعتصام: 2/ 354- 355.

[3] انظر: المرجع نفسه: 2/ 356.



3- قضاء الخلفاء الراشدين بتضمين الصنّاع، قال عليّ ﷺ (لا يُصلح الناس إلاّ ذلك) [1] ووجه المصلحة فيه أنّ الناس محتاجون إلى الصناع، وهم يغيبون عن الأمتعة في غالب الأحوال، والأغلب عليهم التفريط، فالقول بعدم تضمينهم مع مسيس الحاجة إلى استعمالهم يفضي ذلك إما إلى ترك الاستصناع بالكلية وذلك شاق على الخلق، وإما أنْ يعملوا ولا يضمنوا ذلك بدعوى الهلاك والضياع، فتضيع أموال الناس، فكانت المصلحة في تضمينهم [2] .

١ سنن البيهقي الكبرى، أحمد أبو بكر البيهقي، كتاب الإجارة، باب ما جاء في تضمين الأجراء، (11444): 122/6. قال ابن حجر: أما عمر فأخرجه عبد الرزاق بسند منقطع عنه. وأما علي فروى البيهقي من طريق الشافعي عن علي بسند ضعيف.

٢ انظر: الاعتصام: 2/ 356- 357.

المطلب الثاني: حجية المصلحة المرسلة

آراء المذاهب في الاحتجاج بالمصالح المرسلة:

انقسمت أقوال علماء الأصول في الاحتجاج بالمصالح المرسلة إلى فريقين:

الأول: أجاز الاحتجاج بها، وهم: المالكية والحنابلة.

والثاني: منَع الاحتجاج بالمصالح المرسلة، ويضم هذا الفريق: الشافعية والحنفية، والظاهرية، والباقلاني[١] وابن الحاجب[٢] من المالكية.

تحرير محل التزاع:

اتفق الأصوليون على أنّ المصلحة المرسلة لا تكون حجة في العبادات كلها، وفي المقدرات الشرعية كالحدود والكفارات ومقادير الميراث وأعداد أشهر العدة، ونحوها مما اختص الشارع بعلم المصلحة في تحديده، وهذا لأنّ أحكام العبادات الغالب فيها أنها غير معقولة المعنى، فلا سبيل للعقل والرأي في تقديرها، وإدراك المصالح الجزئية لكل حُكمٍ منها، فلا مجال للاجتهاد بالرأي والقياس فيها؛ لأنّ المقصود من العبادات الانقياد لله وامتثال الأوامر دون نظرٍ إلى المصالح فيها .

واختلفت آراء الأصوليين في الاحتجاج بالمصلحة المرسلة والاستدلال بها في المعاملات التي لا نص فيها ولا إجماع ، و لم يسبق لها نظيرٌ تلحق به [٣].

آراء المذاهب في الاحتجاج بالمصلحة المرسلة

اختلف العلماء في الاحتجاج بالمصلحة المرسلة بين مُجيزٍ للاحتجاج بها ومانعٍ لذلك على رأييْن:

أولا: المجيزون :

وفيه مدرستان:

1- المالكية: حيث ذهبوا إلى اعتبار المصالح المرسلة حجة ، وبنواْ الأحكام عليها مطلقا [٤] .

---

[١] هو محمد بن الطيب بن محمد القاضي أبو بكر المعروف بالباقلاني، المالكي المتكلم الأشعري، من تصانيفه: إعجاز القرآن، مناقب الأئمة، توفي سنة (403 هـ) . الديباج: 336 ؛ هدية العارفين: 59/2.

[٢] هو عثمان بن أبي بكر المصري الدمشقي ثم الاسكندري المعروف بابن الحاجب، الملقب بجمال الدين المالكي، من تصانيفه: الجامع بين الأمهات، مختصر ابن الحاجب، توفي بمصر سنة (646هـ). الديباج: 289- 290- 291.

[٣] انظر: مصادر التشريع، خلاف: 89 ؛ وانظر: أصول الفقه، بدران بدران: 210.

[٤] انظر: الاعتصام : 2/ 351 .

2– الحنابلة: ذهبوا إلى اعتبار المصالح المرسلة، قال الطوفي: «الراجح المختار اعتبار المصلحة المرسلة»[1]. وقال صاحب إعلام الموقعين أنّ الشريعة مبناها وأساسها على الحِكم ومصالح العباد وأوامر الله كلها جاءت بما يحقق مصالحهم[2].

ثانيا: المانعون :

ممن ردّ الاحتجاج بالمصالح المرسلة :

1– اختلفت النسبة للشافعية والحنفية في هذا على قولين :

القول الأول: ذهب الشافعية والحنفية إلى عدم التمسك بالمصالح المرسلة ، قال الآمدي : «وهو الحق»[3].

القول الثاني: ذهب الشافعي و معظم أصحاب أبي حنيفة إلى اعتماد الا ستدلال وإن لم يستند إلى حكم متفق عليه في أصل، إلا أنّ الشافعي لا يستجيز الإفراط فيها، وإنّما يُسوغ تعليق الأحكام بمصالح شبيهة بالمصالح المعتبرة، أو بالمصالح المستندة إلى أحكام ثابتة الأصول، قارة في الشريعة[4].

2–كما ذهب القاضي أبو بكر الباقلاني إلى رد الاستدلال[5] (المصالح المرسلة)، مع أنه مالكي.

3– وذهب ابن الحاجب من المالكية إلى أنه لا يصح الاحتجاج بالمصالح المرسلة، وقال بوجوب رد العمل بها[6].

وإلى هذا ذهب الظاهرية[7].

بعد الانتهاء من عرض آراء كِلا الفريقين يأتي عرض ما استدلوا به من أدلة مع مناقشتها .

أ– أدلة المجيزين :

---

1 شرح مختصر الروضة، الطوفي: 211/3.

2 انظر: مقدمة تحقيق إعلام الموقعين، مشهور بن حسن آل سلمان أبو عبيدة: 194/1 .

3 الإحكام، الآمدي: 195/4؛ وانظر: البحر المحيط، الزركشي: 76/6.

4 انظر: البرهان في أصول الفقه، الجويني: 1114.

5 الاعتصام: 2/ 351 ؛ وانظر: البرهان: 1113 ؛ وانظر: البحر المحيط: 76/4.

6 شرح مختصر المنتهى الأصولي، ابن الحاجب: 578/3 .

7 مختصر منتهى السؤل والأمل في علمي الأصول والجدل، ابن الحاجب: 1200/2.

من أهم ما تمسك به أصحاب هذا الرأي، أدلة نقلية كإجماع الصحابة وأدلة أخرى عقلية منها القياس.

الدليل الأول: عمل الصحابة وإجماعهم

فقد استند الصحابة إلى المصالح المرسلة وتوسعوا في الأخذ بها مع المحافظة على مقصود الشارع في الأحكام وغالب ما وقع من إجماع في عهد الصحابة كان مستنده المصالح المرسلة، ما عدا المعلوم من الدِّين بالضرورة . ومن القضايا التي كان مرجعِ الحجة فيها لدى الصحابة رضي الله عنهم أصل الاستدلال المرسل: جمعُ المصحف في عهد أبي بكر وفي عهد عثمان، وتضمين الصُّناع...[1].

اعترض على هذا الدليل بأنّ المصالح الحقيقية للناس قد راعاها الشارع، وذلك إمّا بتشريع أحكام لها، وإما بالدلالة على اعتبارها لبناء التشريع عليها، فيكون ما لم يشرع الشرع له أحكاما وما لم يدل على اعتباره بوجه من وجوه الاعتبار غير صالحٍ لبناء تشريعٍ عليه[2].

رُدّ على هذا الدليل بأنّ كون المصالح المرسلة لم يُشرِّع الشارع بناء أحكامٍ عليها غير صحيح وليس بمسلّم ،فعمل الصحابة والسلف أعظم دليل على صحتها، فضلا عمّا في العمل بالمصالح المرسلة من مسايرة الشريعة للتطورات [3].

الدليل الثاني: القياس

قاس أصحاب هذا الرأي المصالح المرسلة على المصالح المعتبرة لعلة جامعة بينهما وهي أنّ كليْهما مصالح شرعية، فقالوا: « أنّ الشارع اعتبر جنس المصالح في جنس الأحكام، واعتبار جنس المصالح يوجب ظن اعتبار هذه المصلحة لكونها من جملة أفرادها، والعملُ بالظن واجب » [4].

اعترضوا على هذا الاستدلال بقولهم:« ليس اعتبار المصالح المرسلة بمجرد مشاركتها للمصالح المعتبرة في كونها مصالح، بأولى من إلغائها لمشاركتها المصالح التي ألغاها الشارع في ذلك، فيلزم اعتبارها وإلغاؤها وهو محال، فلابد من اعتبار الجنس القريب » [5].

---

[1] الأصول الاجتهادية، حاتم باي: 184- 186- 189.

[2] مصادر التشريع فيما لا نص فيه، عبد الوهاب خلاف: 94-95 .

[3] المصلحة المرسلة والاستحسان وتطبيقاتهما الفقهية، عبد اللطيف العلمي: 82 .

[4] المصلحة المرسلة ضوابطها وتطبيقاتها في الفقه الاسلامي،سمية قرين: 80 .

[5] المرجع نفسه : 89.

أُجيب على ذلك «بأنّ المصالح الملغاة إنما ألغاها الشارع لما فيها من مفاسد راجحة، أما المصالح المرسلة فهي بخلاف ذلك؛ لأنّ العمل بها إنما هو تحقيق لمصالح راجحة بالنظر إلى مقاصد الشارع فلا يمكن القول بأنها مساوية للمصالح الملغاة» [١].

الدليل الثالث: من المعقول

قالوا: يترتب على عدم القول بحجية المصالح المرسلة، خلُوُّ كثير من الوقائع عن الأحكام، وتعطُّل الكثير من مصالح الناس، ووقوف التشريع عن مسايرة تطورات الحياة، ووسائل الناس إلى مصالحهم تتغير بتغير الزمان، ولا سبيل إلى حصرها، فإذا لم يُبْنَ الحكم على شواهد الشريعة العامة لَمَا تحققت المصالح ولَمَا اندرأت المفاسد، وهذا مما لا يتناسب مع شريعة الخلود والبقاء [٢].

اعترض على هذا الاستدلال: « أنّ القول بعدم اعتبار المصالح المرسلة يؤدي إلى خلّوّ الوقائع عن الحكم غير مُسَلّم؛ لأنّ العمومات والأقيسة تأخذ الجميع، وإنْ سلّمنا بذلك فعدم المدرك بعد ورود الشرع بأنّ ما لا مدرك فيه بعينه فحكمه التخيير مدرك شرعي » [٣].

أُجيب عليهم بأنّ عدم الاحتجاج بالمصالح المرسلة يسدّ باباً من أبواب اليسر ورفع الحرج، والذين لا يحتجون بها إطلاقا، أظهروا الشريعة قاصرة عن مواكبة المستجدات وأنها ليست صالحة لكل زمان ومكان [٤].

ب – أدلة المانعين :

استدل نُفاة المصلحة المرسلة بأدلة عقلية منها:

أولا: القول بكمال الشريعة ووفائها بمصالح الناس، فلا تحتاج البشرية لأكثر مما جاء به الشرع وأمَر بالاهتداء به [٥].

رُدّ عليهم بأنّ القائلين بالمصلحة لا ينكرون كمال الشريعة ولكنّ النصوص المتناهية لا تكفي بظاهرها للوفاء بحاجات الناس [٦].

---

[١] المصلحة المرسلة ضوابطها وتطبيقاتها في الفقه الاسلامي،سمية قرين: 89.

[٢] انظر: أصول الفقه، بدران أبو العينين: 211.

[٣] شرح مختصر المنتهى الأصولي، ابن الحاجب: 578/3.

[٤] انظر: المصلحة المرسلة والاستحسان وتطبيقاتهما الفقهية، عبد اللطيف العلمي: 63.

[٥] انظر: أصول الفقه، كمال إمام، رمزي دراز: 236.

[٦] انظر: المرجع نفسه: 236 .



ثانيا: إنّ العمل بالمصلحة يفتح الباب أمام العقل لإهدار الأحكام الشرعية بدعوى مصالح وهمية وهذا فيه فساد كبير[1].

رُدّ عليهم ((بأنّ القول بالمصلحة المرسلة تحكيمٌ للعقل غير صحيحٍ، لأنّه لا ينفرد بإثباتها، وإنّما حجيتها في ذاتها تعود إلى شهادة الشرع لها في مجموعهِ وليس في جزئيات أحكامه. وبما أنّ المصلحة المرسلة لم يرِد دليل شرعيٌّ مُعيّنٌ على اعتبارها أو إلغائها، فإنها تكون في منزلةٍ لا يرقى إليها كل الناس، ولا يصل إلى ساحتها من لم يبلغ درجة الاجتهاد، إذْ لا يدركها العوام وذَوو الأغراض والأهواء، إنّما يدركها أهل المعرفة لاستنباط الأحكام من مصادرها على وجه صحيح))[2]. كما أنّه لا خلاف في رفض المصالح المبنية على الوهم.

ثالثا: ((إنّ الشارع ألغى بعض المصالح، واعتبر بعض المصالح، وبقيت مصالح مترددة بين الإلغاء والاعتبار وهي المصالح المرسلة، والتي تحتمل أن تكون معتبرة ويُحتَمل أن تكون مُلغاة، فلا يمكن الجزم بأنّها معتبرة مع احتمالها الإلغاء، فلا تكون صالحة لبِناء الأحكام، وإلا كان ذلك ترجيحا بلا مُرجِّح)) [3].

رُدّ هذا الاستدلال ((بأنّ دعوى عدم المرجح غير صحيحة؛ لأنّ ما ألغاه الشارع من المصالح كان معارضا لمصلحة أخرى، و رُجِّحت عليه أو ساوته، أو أنّ الملغى تضَمَّن مفاسد، وهذا كله غير متحقق في المصالح المتنازع فيها، لأنّ جانب المصلحة فيها راجحٌ على جانب المفسدة، وأيضا فإنّ المصالح الملغاة من الشارع قليلة بالنسبة إلى المصالح المعتبرة، فإذا كانت هناك مصلحة لم يَقُم دليل على اعتبارها أو على إلغائها تلحق بالكثير الغالب لا بالقليل النادر))[4]، تبقى محل نظر، وتُلحق بالأشبه بها، إنْ اعتباراً أو إلغاءً ، وهي محل اجتهادٍ من المجتهدين .

الترجيح :

إنّ القول الراجح هو قول الجمهور القائلين بالعمل بالمصالح المرسلة؛ لأن العمل بالمصالح المرسلة يُعِين على إيجاد الأحكام للنوازل والمستجدات، فالنصوص متناهية والوقائع غير متناهية، كما أنّ عمل الصحابة جرى على الأخذ بها .

---

[1] أصول الفقه، كمال إمام : 236– 237 ؛ أصول الفقه، بدران أبو العينين: 213.

[2] أصول الفقه، بدران: 213 ؛ وانظر: أصول الفقه،كمال إمام ، رمزي دراز: 236– 237.

[3] أصول الفقه، بدران أبو العينين: 214.

[4] المرجع نفسه: 214 .



والعمل بالمصالح المرسلة يؤكد صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان .

أمّا المذهب المالكي فالكثير من النقول تدل على احتجاجهم بالمصالح المرسلة، حتى نَسب بعض العلماء لمالكٍ أنه استرسل وأفرط في الأخذ بها.

فمالك يُعَدّ زعيم الآخذين بالمصالح المرسلة وقد أخذ بها في المعاملات واعتبرها دليلا مستقلا [١].

أمّا الحنابلة فقد حُكي عن بعضهم أنهم احتجوا بالمصالح المرسلة، فقد قال الطوفي: رأيت مَن وقفت على كلامه من أصحابنا إذا استغرقوا في توجيه الأحكام يتمسكون بمناسبات مصلحية، يكاد الشخص يجزم أنها ليست مقصودة للشارع [٢].

فأحمد يأخذ بالمصالح المرسلة وهي داخلة في باب القياس الصحيح، فالحنابلة ينظرون إلى الأقيسة نظرة أوسع مِنْ غيرهم ... لأنهم يجعلون الأوصاف المشتركة التي تُبنى على أساسها الأقيسة الصحيحة وتسير معها طرداً وعكساً تكون مستَمَدّةً من أغراض الشريعة العامة ومقاصدها لذلك يعتبرون الحِكَم والأوصاف المناسبة هي أساس الأحكام...و ليست هذه الحِكَم والأوصاف المناسبة إلا المصالح [٣].

وقد قال ابن دقيق العيد[٤]: ((نعم الذي لا شكّ فيه أنّ لمالكٍ ترجيحاً على غيره من الفقهاء في هذا النوع (للمصالح المرسلة)، ويليه أحمد بن حنبل، ولا يكاد يخلو غيرهما من اعتباره في الجملة، ولكن لهذين ترجيح في الاستعمال على غيرهما)) [٥].

وقال القرافي: ((هي عند التحقيق في جميع المذاهب؛ لأنهم يقيسون ويفرقون بالمناسبات ولا يطلبون شاهداً بالاعتبار ولا نعني بالمصلحة المرسلة إلا ذلك)) [٦].

---

١ انظر: مالك حياته وعصره، أبو زهرة: 424.

٢ انظر: شرح مختصر الروضة، نجم الدين الطوفي: 210/3.

٣ انظر: ابن حنبل حياته وعصره، أبو زهرة : 344.

٤ هو محمد بن علي بن وهب أبو الفتح بن دقيق العيد، تفقه على العز بن عبد السلام، من مصنفاته: كتاب الإمام في الحديث، تصنيف في أصول الدين، شرح مختصر ابن الحاجب و لم يكمله، توفي سنة (702هـ). طبقات الشافعية الكبرى: 9/ 207-210 -212.

٥ البحر المحيط، الزركشي: 6/ 77.

٦ شرح تنقيح الفصول، القرافي: 446.



وجاء في البرهان : « أنّ مما يتمسك به الشافعي أن يقول: إذا استندت المعاني إلى أصول، فالتمسك بها جائزٌ وليست الأصول وأحكامها حججاً وإنما الحجج في المعنى »[1].

قال صاحب البرهان: « ومَن تتَبَّع كلام الشافعي، لم يرَ له تعلقاً بالأصول، ولكنه ينوط الأحكام بالمعاني المرسلة»[2].

أمّا أبو حنيفة فلم يتعرّض هو كذلك في أصوله إلى دليل المصلحة المرسلة، إلا أنّ هذا لا يعني عدم أخذه بها، فهو زعيم أصحاب الرأي وما يدل على اعتباره للمصلحة، هو أخذه بالاستحسان الذي سنده المصلحة، واعتباره للعُرف وهو قائم على أساس مصالح الناس[3].

و القول بالاستحسان الذي سنده المصلحة يستلزم بالضرورة القول بالمصلحة المرسلة، ولا يلزم من عدم ذكر المصالح المرسلة بصريح العبارة عدم الاحتجاج بها.

[1] البرهان في أصول الفقه، الجويني: 1117-1118.

[2] البرهان: 1118.

[3] انظر: ضوابط المصلحة، البوطي: 380 - 383.



المطلب الثالث: شروط العمل بالمصلحة المرسلة

للعمل بالمصلحة المرسلة ،لابد من اعتبار أمور ثلاثة في نظر الشاطبي:

أولها: أن تكون المصلحة ملائمةً لمقاصد الشرع، بأنْ لا تُنافي أصلاً من أصوله ولا دليلاً من أدلته .

ثانيها: أن تكون تلك المصلحة معقولةً، بحيث إذا عُرضت عل العقول تلقتها بالقبول ولا مدخل لها في التعبدات لأنها غير معقولة المعنى .

ثالثها: أن ترجع المصلحة المرسلة إلى حفظ أمر ضروري، ورفع حرج لازم في الدِّين، و مرجعها إلى حفظ الضروري من باب « ما لا يتم الواجب إلا به »؛ فهي من الوسائل لا منَ المقاصد، ورجوعها إلى رفع الحرج منْ باب التخفيف و هو إمّا لاحق بالضروري وإمّا منَ الحاجي[1].

ولا بد أن تكون المصلحة حقيقية لا وهمية ، فقد يُخيِّل الهوى والتشهي وسوء التصور لبعض الناس أنّ عملا ما مصلحة، وهو في حقيقته مفسدة ...لذلك يجب الاحتياط والتحري عند النظر في المصالح وتقويمها تقويماً سليماً عادلاً [2].

أمّا الغزالي فقد اشترط للعمل بالمصلحة المرسلة شروطا صعبة التحقيق نظرا لتشدده في الاحتجاج بالمصلحة المرسلة وشروطه :

أولا: أن تكون المصلحة ضرورية[3] .

ثانيا: أن تكون قطعية[4] .

ثالثا: أن تكون كلية[5].

عقّب القرضاوي على هذه الشروط قائلاً:

1- ليس لازما أن تكون المصلحة من الضروريات ، فقد تكون حاجية تيسيرا للناس ورفعا للحرج عنهم [6].

---

[1] الإعتصام ، الشاطبي: 2/364- 367 .

[2] تيسير الفقه للمسلم المعاصر، يوسف القرضاوي: 87 .

[3] المستصفى: 2/489.

[4] المرجع نفسه: 2/489.

[5] المرجع نفسه: 2 /489.

[6] تيسير الفقه للمسلم المعاصر، القرضاوي: 87 .



2- ولا يلزم أن تكون قطعية ، فالعمل بالظن الراجح، أمر معمول به في الأحكام الفرعية، وناط الشرع به أمورا كثيرة [١].

3- وليس من اللازم أن تكون المصلحة كلية عامة؛ لأنّ رعاية مصالح الأفراد والجماعات، أمر معتبر في الشريعة [٢].

كما أنّ البوطي وضع ضوابطاً تقيّد المصلحة من أجل اعتبارها في التشريع وهي خمسة :

الأول: أن تكون المصلحة مندرجة في مقاصد الشارع، ومقاصد الشارع في خلقه تنحصر في حفظ خمسة أمور: الدِّين، النفس، العقل، النسل، المال. ثم إنّ وسيلة حفظ هذه الأمور الخمسة تتدرج في ثلاثة مراحل هي:الضروريات، الحاجيات، والتحسينيات[٣].

الثاني: ألاّ تعارض الكتاب؛ فإذا كان الكتاب معارَضاً بمصلحة لا شاهد لها من أصلٍ تُقاس عليه (موهومة) دلّ ذلك على بطلان تلك المصلحة، أما إذا كانت المصلحة المعارضة للكتاب مستندة إلى أصل قيست عليه بجامع بينهما، وكان التعارض بينهما جزئياً، فالعمل بمقتضى دلالة الظاهر واجبٌ اتفاقاً، ما لم تقم قرينة من الشرع، أو العقل، أو اللغة، أو العرف العام تخرجه عن ظاهره، فيؤوّل حينئذ حسبما تقتضيه تلك القرينة [٤].

الثالث: ألاّ تُعارض السنّة؛ فالمصلحة التي لا شاهد لها من أصل تقاس عليه، فلا يجوز اعتبارها عند مخالفة النص، ومثلها المصلحة القائمة على أساس القياس إذا عارضت نصا قطعياً كالسنة المتواترة، فهو قياسٌ فاسدٌ لا يؤخذ به. وهذه المصلحة التي لها شاهد من أصل معتبر تقاس عليه، وكان بينها وبين النص تخالف يمكن إزالته عن طريق التخصيص ،أو كان بينها وبين النص تعارض ولكنه غير قطعي كخبر الآحاد فالأمر يرجع إلى اجتهاد المجتهد في التوفيق بين النصوص[٥].

---

١ تيسير الفقه للمسلم المعاصر، القرضاوي: 87.

٢ المرجع نفسه: 87 .

٣ ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، البوطي: 119 .

٤ المرجع نفسه: 131- 139 - 140 .

٥ المرجع نفسه: 161- 201.





الرابع: ألاّ تُعارض القياس؛ فلا عبرة بالمصلحة إذا عارضت قياساً صحيحاً، سواءً كانت مصلحة مرسلة، أو مصلحة معتمدة على مناسب معتبر من الشرع كالقياس إذا عارضه قياس أقوى منه في الاعتبار [1].

الخامس: ألاَّ تُفوّت مصلحة أهم منها، فلابد لاعتبار المصالح من شرط أساسي هو رُجحان الوقوع، ثم تتدرج تلك المصلحة في مراتب من الأهمية الذاتية، ممثلة في مراتب الكليات الخمس، وفي الوسائل الثلاث لإحرازها، هي الضروريات، والحاجيات و التحسينيات. ثم تتدرج بعد ذلك حسب درجة شمولها وسعة فائدتها، وبهذا تُرجّح بعض المصالح على بعض عند التعارض[2].

بالمقارنة بين ما اشترطه الشاطبي للعمل بالمصلحة المرسلة، والشروط التي اشترطها الغزالي وتعقيب القرضاوي عليها والضوابط التي وضعها البوطي، يظهر أنهم اتفقوا في الشروط التالية:

1- أنْ تكون المصلحة مندرجة ضمن مقاصد الشرع، وألاّ تُعارض دليلاً من أدلته.

2- أن ترجع المصلحة إلى حفظ أمر ضروري، أو حاجي تيسيراً للناس ورفعاً للحرج عنهم.

3- أنْ يترجح وقوع تلك المصلحة؛ لأنّ الظن الراجح معمول به في الأحكام الفرعية.

واختلفوا في الشروط الآتية:

1- أنْ تكون المصلحة معقولة المعنى، بحيث إذا عُرِضت على العقول تلقتها بالقبول.

2- أنْ تكون المصلحة كلية.

3- أنْ تكون المصلحة قطعية.

4- ألاّ تُفوت مصلحة أعظم منها أو مساويةً لها.

الخلاف في هذه الشروط يكاد يكون لفظياً؛ لأنّ المصلحة إذا كانت كلية قطعية، فلا خلاف في قبولها، وإذا أدّت إلى تفويت مصلحة أعظم منها فلا خلاف في ردّها، وإذا كانت تلك المصلحة مندرجة في مقاصد الشارع وترجع إلى حفظ أمر ضروري أو حاجي، فلا شك أنْ تتلقاها العقول بالقبول.

---

[1] ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، البوطي: 246.

[2] المرجع نفسه: 248- 254.





المبحث الثاني

حقيقة الاستحسان

تمهيد

المطلب الأول: تعريف الاستحسان

المطلب الثاني: حجية الاستحسان

المطلب الثالث: أقسام الاستحسان والعلاقة بينه وبين المصلحة المرسلة





تمهيد:

يُعدُّ الاستحسان من مصادر التشريع التبعية، التي كثُر فيها الخلاف بين الفقهاء، فمنهم مَن تلقاه بالقبول ومنهم مَن ردّه، وذلك نظراً لاختلافهم في تصوره، ولهذا اختلفت تعريفاتهم له وتقسيماتهم له وفي المبحث التالي تُعرض جملة من التعريفات له وأهم الإعتراضات عليها، ووجه الاحتجاج به وأهم الفروع التابعة له.



المطلب الأول: تعريف الاستحسان

أولا: الاستحسان لغةً:

الاستحسان مِن حَسُنَ الشيء، والحُسْنُ ضدُّ القُبح، ويَستحسِنُ الشيءَ، أي يعُدُّه حسنا[1].

ثانيا: الاستحسان اصطلاحًا:

عُرِّف الاستحسان بتعريفات منها :

أ- عند الحنفية:

1- عرَّفه أبو الحسن الكرخي[2] بقوله: « هو أنْ يَعدِل الإنسان عن أنْ يحكُم في المسألة بمثل ما حُكِم به في نظائرها، إلى خلافه لوجه أقوى يقتضي العُدول عن الأول» [3].

قال عنه الغزالي: أنه مما لا يُنكر[4].

الاعتراض عليه:

قال الآمدي: « إنّ هذا التعريف ليس مانعاً مِن دخول ما ليس باستحسان، فيدخل فيه العدول عن حكم العموم إلى مقابله للدليل المخصّص، والعدول عن حكم الدليل المنسوخ إلى مقابله للدليل الناسخ، وهذا ليس باستحسان اتفاقا» [5].

2- كما عرّفه السرخسي[6] بأنّه:« الدليل المعارض للقياس الظاهر» [7]. والقياس الظاهر هو ما يتبادر إليه الذهن، أما القياس الخفي؛ هو ما لا يتبادر إليه الذهن [8].

واستَعمل العلماء عبارة القياس والاستحسان للتمييز بين الدليلين المتعارضين [9].

---

[1] لسان العرب: 877/2 – 879، (المادة: حَسُنَ)

[2] هو عبيد الله بن الحسين ابن دلاّل أبو الحسن الكرخي، ولد سنة (260هـ)، من تصانيفه: المختصر، شرح الجامع الكبير، توفي ببغداد سنة (340هـ) .الجواهر المضية، محي الدين الحنفي: 493/2؛ معجم المؤلفين: 351/2.

[3] كشف الأسرار، عبد العزيز البخاري: 4/4.

[4] انظر: المستصفى: 477/2.

[5] الإحكام، الآمدي: 193/4.

[6] هو محمد بن أحمد السرخسي شمس الأئمة أبو بكر الفقيه الحنفي، صنف من الكتب: الأصول في الفقه، شرح الجامع الصغير للشيباني في الفروع، توفي سنة (483هـ) . الجواهر المضية: 3/ 78؛ هدية العارفين: 66/2.

[7] أصول السرخسي، السرخسي: 200/2.

[8] انظر: فواتح الرحموت، عبد العلي اللكنوي: 373/2.

[9] انظر: أصول السرخسي: 201/2.



3– ونُسِب للحنفية أيضاً تعريفهم الاستحسان بأنّه: "دليل ينقدح في نفس المجتهد وتَقْصُر عنه عبارته" [١].

الاعتراض عليه: ردّ كثير من العلماء هذا التعريف، إذا كان المراد بالإنقداح الشك وعدم التحقق مِن هذا الدليل؛ لأنّ الأحكام الشرعية لا تثبُت بالشك.

و ممن ردَّ هذا التعريف الغزالي، فقال: إنّ مالا يُستطاع التعبير عنه، لا يُدرى أهو وهْمٌ وخيال أو تحقيق، ولابد أنْ يكون ظاهرا ليُعتَبر بأدلة الشريعة،لتصححه أو تُزيِّفه [٢].

وقال فيه الآمدي: إنّه إنْ كان فيه تردُّد بين أنْ يكون دليلا محقّقا و وهماً فاسداً؛ فلا خلاف في امتناع التمسك به. وإنْ تحقق أنّه دليل من الأدلة الشرعية، فلا نزاع في جواز التمسك به [٣].

4–كما نُسِب للحنفية قولهم الاستحسان: "ما يَستحسِنه المجتهد بعقله " [٤]. يظهر من هذا التعريف أنّ الاستحسان هو ما يميل إليه المجتهد بمجرد رأيه وهواه، وإنْ كان كذلك، فلا شك أنّه مردود لأنّ الأحكام لا تُبنى على الهوى والتشهي .

الاعتراض عليه: ردّ الغزالي هذا التعريف بقوله: إنّ الاستحسان إذا كان مِن غير نظر في الأدلة الشرعية فهو حكم بالهوى المجرَّد، وهو كاستحسان العامي ومَنْ لا يُحسِن النظر[٥].

ب– عند المالكية:

1– قال الباجي[٦]: ذَكرَ محمد بن خويز منداد[٧] أنّ الاستحسان هو:" القول بأقوى الدليلين". وهو بهذا، طريق من طرق الترجيح بين الأدلة [٨].

---

١ نهاية السول في شرح منهاج الأصول، الإسنوي: 398/4.

٢ انظر: المستصفى: 474/2.

٣ انظر: الإحكام الآمدي: 192/4.

٤ المستصفى: 468/2.

٥ انظر: المستصفى: 469/2.

٦ هو سليمان القاضي أبو الوليد بن أيوب الباجي، مالكي المذهب، ولد سنة (403هـ)، من مؤلفاته: الاستيفاء في شرح الموطأ، التسديد إلى معرفة التوحيد، أحكام الفصول في أحكام الأصول، توفي سنة (474هـ) .شجرة النور الزكية، محمد مخلوف: 120/1– 121.

٧ هو محمد بن أحمد بن إسحاق أبو عبد الله، له كتاب في الخلاف، وأصول الفقه وأحكام القرآن . الديباج المذهب: 363.

٨ انظر: إحكام الفصول في أحكام الأصول، الباجي: 693/2.

2- وقال ابن العربي[1]: الاستحسان عندنا وعند الحنفية: ((العمل بأقوى الدليلين))[2]. معناه أنّ الاستحسان تعارض بين دليلين، ويُرجَّح أقواهما على الآخر ، وهو بهذا ضرب من الترجيح بين الأدلة المتعارضة .

3- أما الشاطبي فقال: الاستحسان في مذهب مالك: ((الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي))[3] ومقتضاه الرجوع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس[4].

الاعتراض عليه: يؤخذ على هذا التعريف؛ أنّه اقتصر على ذكر نوع واحد مِن أنواع الاستحسان، وهو كما يسميه المالكية: ((ترك الدليل للمصلحة)).

ج – عند الحنابلة:

1- عرَّفه ابن قدامة الحنبلي[5] بقوله:((المراد به العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص من كتاب أو سُنّة))[6].

الاعتراض عليه: هذا التعريف قصَر المعدول إليه على الكتاب والسنّة .

التعريف المختار:

التعريف الذي ذكره الكرخي بيَّن حقيقة الاستحسان أكثر، فبقوله:((....لِوجه أقوى يقتضي العدول عن الأول)). يُمكِن أنْ يكون هذا الوجه نصاً، أو إجماعاً، أو مصلحةً، أو قياساً أو ضرورةً، أو غير ذلك، وبهذا يكون تعريفه شاملاً لأنواع الاستحسان.

وبعد إضافة قيْدٍ للتعريف الذي ذكره الكرخي وهو : ((أنْ يكون المعدول إليه مقتضياً التخفيف ورفع الحرج)) ، يكون التعريف المختار للاستحسان هو:

---

[1] هو محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، ولد سنة (468هـ) درّس الفقه والأصول، من تصانيفه: أحكام القرآن، المسالك في شرح موطأ مالك، توفي سنة (543هـ). الديباج المذهب: 376- 378.

[2] أحكام القرآن، ابن العربي: 7/ 399.

[3] الموافقات : 206/4.

[4] انظر: الإعتصام: 371/2.

[5] هو موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، الفقيه الزاهد، وُلد سنة (541 هـ) ، كان إماماً في القرآن وتفسيره، وفي الحديث والفقه، انتفع بعلمه طائفة كثيرة، من تصانيفه: البرهان في مسألة القرآن، مختصر العلل، المغني في الفقه، والروضة، توفي سنة (620هـ) . الذيل على طبقات الحنابلة، ابن رجب الحنبلي: 3/ 281- 297.

[6] روضة الناظر وجُنة المُناظر، ابن قدامة المقدسي: 85.



((العُدول في مسألة عن مِثل ما حُكم به في نظائرها إلى خلافه، لِوجه يقتضي التخفيف ويكشف عن وجود حرج عند إلحاق تلك الجزئية بنظائرها في الحكم)) [1].

[1] الاستحسان حقيقته وأنواعه، يعقوب الباحسين : 41.



المطلب الثاني: حجية الاستحسان

آراء المذاهب في الاستحسان:

اختلف العلماء اختلافا كبيرا في حجية الاستحسان والأخذ به على فريقين:فريق منعه مطلقاً، واعتبره من قبيل الحكم الهوى والتشهي، ومن أصحاب هذا الرأي الشافعية، والظاهرية.

أما الفريق الثاني فاتخذ من الاستحسان دليلا لتشريع الأحكام، ومن هؤلاء: الأحناف، والمالكية، الحنابلة .

تحرير محل النزاع :

لم يختلف العلماء في إطلاق لفظ الاستحسان، فهو وارد بالكتاب والسنة وإطلاق أهل اللغة، و لم يختلفوا في امتناع التمسك بالاستحسان إذا كان المراد به الحكم في شرع الله بمجرد الهوى والتشهي، مِن غير دليل شرعي، وإنما الخلاف في معنى الاستحسان وحقيقته [١]. ونظرا لاختلافهم في تصور حقيقة الاستحسان اختلفت آراؤهم في قبوله أو ردِّه .

وفيما يأتي عرضُ أقوال الأصوليين:

أ –آراء المثبتين للاستحسان:

1– الحنفية: ((يُعتبر أبو حنيفة زعيم الآخذين بالاستحسان، فقد أكثر مِن الاستحسان... حتى قال محمد بن الحسن الشيباني[٢]:" إنّ أصحابه كانوا ينازعونه المقاييس، فإذا قال أستحسِن لم يلحق به أحد، ولقد كان يقيس ما استقام له القياس و لم يَقبُح، فإذا قَبُح القياس استحسن")) [٣].

2– المالكية: يُعَدّ مالك من الآخذين بالاستحسان، فقد قال أصبغ[٤]: سمعت ابن القاسم[٥]

---

١ الإحكام، الآمدي : 191/4.

٢ هو أبو عبد الله محمد بن الحسن الشيباني، الفقيه الحنفي، ولد سنة (132هـ) ، من مؤلفاته: السّير الكبير، الجامع الصغير، توفي سنة (189 هـ) .الجواهر المضية: 3/ 122– 125؛ وانظر هدية العارفين: 3/ 8 .

٣ أبو حنيفة حياته، أبو زهرة: 387.

٤ هو أبو عبد الله محمد بن أصبغ بن الفرج المصري المالكي، ولد بعد سنة (150 هـ) ، كان مقيماً بمصر مفتياً بها، من مصنفاته: أقضية الرسول، توفي بمصر سنة (275هـ) .الديباج المذهب: 337 ؛ هدية العارفين: 2/ 18.

٥ هو أبو عبد الله عبد الرحمن بن القاسم العُتقي المصري المالكي، قيل أنه ولد سنة (128 هـ) وقيل سنة (133هـ) ، صحب مالكاً عشرين سنة، لم يرو واحد عن مالك الموطأ أثبت منه، أخذ عنه جماعة منهم أصبغ، سحنون، مات بمصر سنة (191 هـ) . شجرة النور الزكية: 1/ 58.



يقول ويروي عن مالك أنه قال:" تسعة أعشار العلم الاستحسان" [1].

كما سلك علماء المذهب المالكي مسلك إمامهم في العمل بالاستحسان، ومنهم أصبغ، فقد بالغ في الاستحسان حتى قال: " إنّ المــُغرِق في القياس يكاد يُفارق السنة، وإنّ الاستحسان عماد العلم" [2]. وتُروى هذه العبارة عن مالك نفسه.

3- الحنابلة: قال القاضي يعقوب[3]: "الاستحسان مذهب أحمد" [4].

ب - آراء المنكرين للاستحسان:

ممن أنكر هذا النوع مِن الاستدلال الشافعي واهالظاهرية وابن الحاجب من المالكية .

1- النقل عن الشافعي: نقل الغزالي عن الشافعي أنه قال:" من استحسن فقد شرع " [5].

وقد كتب الشافعي في كتابه (الأم)،كتابا خصصه للكلام عن الاستحسان سماه: " إبطال الاستحسان ".

قال في ذلك الكتاب: " لا يجوز لِمن كان حاكما أو مُفتيا أن يحكم أو يُفتي بالاستحسان إذا لم يكن الاستحسان واجبا أو في واحد من هذه المعاني كالكتاب والسنّة، أو ما قاله أهل العِلم لا يختلفون فيه أو القياس " [6] .

2- الظاهرية: قال ابن حزم :" إنّ الاستحسان شهوة واتباعٌ للهوى وضلال " [7].

3- قال ابن الحاجب: الاستحسان قال به الحنفية والحنابلة وأنكره غيرهم، وإنْ تحقق استحسان مختلف فيه، فلا دليل يدل عليه، ويجب تركه [8].

---

[1] الموافقات، الشاطبي: 209/4.

[2] الاعتصام: 210/4.

[3] هو أبو علي القاضي العُكْبَريُّ البَرْزَبينيُّ، تولى القضاء بباب الأزج ببغداد، برع في المذهب الحنبلي تفقه على القاضي أبي يعلى، صنّف كتباً في الأصول والفروع، من تصانيفه في المذهب: التعليقة في الفقه، توفي سنة (486 هــ) . الذيل على طبقات الحنابلة، ابن رجب: 1/ 164- 168 .

[4] روضة الناظر، بن قدامة المقدسي: 85.

[5] المستصفى: 467/2.

[6] الأم، الشافعي: 68/9.

[7] الإحكام في أصول الأحكام، ابن حزم: 17/6.

[8] انظر: شرح مختصر المنتهى الأصولي، ابن الحاجب: 575/3.





عبارة ابن الحاجب فيها إيهام. ولعلّ الذي أنكره هو نوع خاص من الاستحسان، وهو المختلف فيه.

عرض الأدلة:

بعد عرض آراء العلماء في الاستحسان بين قائل بإعماله، وقائل بإبطاله يأتي عرضُ بعض الأدلة التي استدل بها كلّ مِن الفريقين.

أولا: أدلة المثبتين:

بعد عرض آراء المجيزين للعمل بالاستحسان، تُعرض بعض الأدلة التي استدلوا بها على ما ذهبوا إليه مع مناقشتها .

1- من الكتاب:

أ- قوله ﷻ:﴿ فَبَشِّرْ عِبَادِ ﴿١٧﴾ الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ ﴿١٨﴾ ﴾ [الزمر:17ـ18].

وجه الاستدلال بها: وُرودها في مَعرض الثناء والمدح لِمُتَّبِع أحسن القول[1].

الاعتراض عليه: اعتَرض ابن حزم على الاستدلال بهذه الآية؛ بأنّ هذا الاحتجاج عليهم لا لهم؛ لأنّ الله تعالى لم يقل فيتبعون ما استحسنوا، وإنما قال عز وجل : ﴿فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ﴾ وأحسَن

الأقوال ما وافق القرآن والسنة، هذا هو الإجماع المتيقن من كل مسلم . ومَن قال غير هذا فليس مسَلّما [2].

الرّد عليه: إنّ ابن حزم لا يقول بحجية القياس، وينكر القول بالتعليل أيضا، فمن باب أولى أن ينكر الاستحسان لأنّ مِن تعريفات الاستحسان : « العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه» [3].

وقوله: إنّ أحسن الأقوال ما وافق الكتاب والسنة وهذا هو الإجماع فمسَلّم، لكن هذا لايعني عدم وجود أدلة أخرى غير الإجماع تعود إلى الكتاب والسنة، فالقياس الذي ينكره ابن حزم راجعٌ

[1] الإحكام، الآمدي: 191/4.

[2] الإحكام، ابن حزم: 17/6.

[3] كشف الأسرار، عبد العزيز البخاري: 3/4.



لتلك الأدلة، ومِنَ الاستحسان ما هو تقديم لموجب القياس على قياس أقوى منه، وقد قامت الأدلة عند جمهور العلماء على حجية القياس [1].

ب- استدلوا كذلك بقوله ﷻ:﴿ وَٱتَّبِعُوٓاْ أَحۡسَنَ مَآ أُنزِلَ إِلَيۡكُم مِّن رَّبِّكُم ﴾ [الزمر: 55] .

ووجه الاستدلال من الآية: أنّ فيها أمراً باتباع أحسن ما أُنزِل [2].

الاعتراض عليه: اعتُرض على الاستدلال بهذه الآية بعدة إعتراضات منها:

1- قول الآمدي: لا دلالة في هذه الآية على أنّ ما صاروا إليه دليل مُتزَّل، فضلا عن كونه أحسن ما أُنزِل [3].

2- قال الغزالي معترضا على ذلك الاستدلال بقوله: اتباع أحسن ما أُنزِل إلينا هو اتباع الأدلة، فبيِّنوا أنّ هذا مما أُنزِل إلينا، فضلا عن أن يكون مِن أحسنه،كما أنه يلزم من ظاهر هذا اتباع استحسان العامي والطفل والمعتوه لعموم اللفظ [4].

الرّد على ذلك: بأنّ الاستحسان يوافق الكتاب والسنّة وهذين الدليلين من أحسن ما أنزل، فيكون الاستحسان مُتضمّنا في معنى أحسن ما أُنزِل؛ لأنّ الاستحسان هو العدول عن القاعدة العامة إلى نصٍ من كتابِ الله أو سنّةِ رسوله صلى الله عليه وسلم، أو إلى إجماعٍ أوقياسٍ، والعمل بهما عمل بالكتاب والسنّة، لثبوت حجيتهما بالقرآن والسنة، أو العدول إلى مصلحة شهِدت لها النصوص بالصحة، فالعمل بها عمل بتلك النصوص [5].

2- السنة:

قول ابن مسعود: (ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن) [6].

---

[1] انظر: المصلحة المرسلة والاستحسان، عبد اللطيف العلمي : 175- 176.

[2] الإحكام، الآمدي: 194/4.

[3] المرجع نفسه:195/4.

[4] المستصفى: 470/2.

[5] انظر: المصلحة المرسلة والاستحسان، العلمي: 177.

[6] المسند، أحمد بن حنبل، (3600): 5/ 211. جاء في نصب الراية: « قلتُ: غريبٌ مرفوعاً، ولم أجدْهُ إلاّ موقوفاً على ابن مسعود، وله طرق » ، نصب الراية لأحاديث الهداية، جمال الدين الزيلعي: 4/ 133.



وجه الدلالة منه: إنّ ما رآه الناس في عاداتهم ونظر عقولهم مستحسنا فهو حق، لأنّ الذي ليس بحق، ليس بحسَن عند الله تعالى، وما هو حق وحسن عند الله فهو حجة، ولولا أنّه حجةٌ لما كان عند الله حسنا [١].

الاعتراض عليه: اُعترض على هذا الاستدلال من أوجه نذكر منها:

1- قال ابن حزم : إنّ ما رواه ابن مسعود، ليس مُسنداً إلى النبي ﷺ ولا يوجد في مسندٍ صحيح، وهو معروف عن ابن مسعود. وبذلك لا يكون هذا الحديث مرفوعاً، وإنما هو موقوفٌ على ابن مسعود [٢].

2- إنّ المراد به مارآه جميع المسلمين، أو آحادهم، فإنْ أراد الجميع فهو صحيح؛ لأنّ الأمة لا تجتمع على حُسْن شيءٍ إلاّ عن دليل، وهو دليل حجية الإجماع، بدليل قول ابن عمر أنّ رسول الله ﷺ قال:(إنّ الله لا يجمع أمّتي على ضلالة) [٣].

وإنْ أراد الآحاد، لزم استحسان العوام [٤].

3- إن الصحابة أجمعوا على منع الحكم بغير دليل ولا حجة؛ لأنهم من كثرة وقائعهم تمسكوا بالظواهر والأشباه، وما نُقل عن أحدٍ منهم أنه قال: ((حكمت بكذا وكذا؛ لأني استحسنته)) .

كما أنّ معاذا لما بُعث لليمن، لم يذكر الاستحسان بل ذكر الكتاب والسنة والرأي فقط [٥].

الرد عليهم: يمكن الرد على تلك الأوجه بما يلي:

1- إنّ الاستحسان يدخل في عموم قوله:(ما رآه المسلمون حسناً) [٦]، لأنه فردٌ من أفرادِ المرئيات الحسنة التي يشملها كلام ابن مسعود [٧].

---

١ الإحكام، الآمدي: 194/4 ؛ وانظر: المهذب في علم أصول الفقه المقارن، عبد الكريم النملة: 997/3.

٢ انظر: الإحكام، ابن حزم: 18/6.

٣ سنن الترمذي،كتاب الفتن، باب ما جاء في لزوم الجماعة، (2167) :4/ 466.قال أبو عيسى: هذا حديث غريب .

٤ المستصفى: 471/4.

٥ المرجع نفسه: 472/4.

٦ سبق تخريجه: 38.

٧ انظر: الاستحسان، الباحسين: 151.



2- (إنَّ منع الصحابة الحكمَ بغير دليلٍ ولا حجةٍ مُسلَّم، وهذا لا يفيد منع العمل بالاستحسان؛ لأنّ العمل بالاستحسان عمل بالدليل عدلَ إليه المجتهد وتركَ غيره لموجبٍ يقتضي ذلك)[1].

3- (أما أنه لم يُنقل عن أحد من الصحابة أنه قال: أستحسن كذا...إلخ، فلأنّ لفظ الاستحسان بمعناه الاصطلاحي لم يكن معروفاً عندهم، فلم يذكروه فيما نُقل عنهم)[2]. وإلا للزِم الشافعية ترك القياس لأنّ الصحابة لم يقولوا به.

أما حديث معاذ بن جبل، وذِكرِه الكتاب والسنة والرأي، دون الاستحسان؛ لأن الاستحسان داخلٌ تحت الرأي والاجتهاد[3].

3- الإجماع :

إنّ الناس استحسنوا دخول الحمام، وشرب الماء من أيدي السقائين من غير تقدير لزمان المكث وتقدير الماء والأجرة[4].

أجيب عن الإجماع بأنه: غير مسلّم أنّ ذلك ثبت بدليل الاستحسان، ولعل جريان ذلك في عصر رسول الله صلى الله عليه وسلم مع معرفته به وتقريره عليه، هو الدليل لأجل المشقة في تقدير الماء المشروب والمصبوب في الحمام، وتقدير مدة المقام، والمشقة سبب الرخصة[5].

ويمكن الردّ عليهم : بأنّ مقصود القائلين بأنه ثبت بالاستحسان، معناه ثبوته بالاستحسان المستند إلى دليل، فالحكم ثابت بالدليل[6].

ثانيا: أدلةالمانعين:

استدل أصحاب هذا الرأي بأدلة عقلية وأخرى نقلية من بينها:

1- الكتاب:

أ- قوله ﷻ: ﴿ أَيَحۡسَبُ ٱلۡإِنسَٰنُ أَن يُتۡرَكَ سُدًى ﴿٣٦﴾ ﴾ [القيامة: 36]

---

[1] المصلحة المرسلة والاستحسان، العلمي: 181.

[2] المرجع نفسه: 181.

[3] انظر: المصلحة المرسلة والاستحسان، العلمي: 181.

[4] انظر: الإحكام، الآمدي: 195/4.

[5] المرجع نفسه: 195/4.

[6] انظر: المصلحة المرسلة والاستحسان، العلمي: 182.

وجه الاستدلال من الآية: إنّ الله سبحانه وتعالى لم يترك الانسان سُدى دون أنْ يؤمر أو يُنهى، ومنْ أفتى أو حَكم بما لم يؤمر به فقد أجاز لنفسه أنْ يكون في معاني السُّدى[1].

نوقش هذا الاستدلال بقولهم: يظهر من كلام الشافعي أنه أراد بالاستحسان مجرد الرأي المعتمِد على الهوى والتشهي، من غير استناد إلى أصل شرعي، والقائلون بالاستحسان لم يريدوا به هذا المعنى، وإنما مُرادهم الاستحسان المستند إلى دليل شرعي[2].

ب – كما استدلوا بقوله ﷻ:﴿ فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ ﴿٥٩﴾ ﴾ [النساء:59]

وجه الاستدلال من الآية: أنّ الله ﷻ قال: ﴿فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُول ﴿٥٩﴾ ﴾ [النساء: 59] ، ولم يقل فرُدوه إلى ما تستحسنون [3] .

نوقش احتجاجهم بالآية السابقة: إنّ ذلك الاستدلال واردٌ حتى على الإجماع، حيث لم يقل الله فرُدوه إلى ما تُجمِعون عليه. مع عدم التسليم لهم بأنّ الاستحسان ليس فيه ردّ إلى الله والرسول ﷺ، بل هو مردودٌ إلى النصوص الشرعية أو ما ثبت بها [4] .

2– المعقول:

إنّ الاستحسان يؤدي إلى إبطال الحقائق وتضاد الدلائل واختلاف الأحكام في النازلة الواحدة؛ لأنّ الاستحسان لا ضابط له ولا مقاييس يُقاس بها الحق من الباطل، ولأنه لا يجوز أنْ يتفق استحسان العلماء على قول واحد على اختلاف هممهم وطبائعهم [5].

قال ابن حزم: ونحن نجد الحنفيين قد استحسنوا ما استقبحه المالكيون والعكس، فبَطُل أنْ يكون الحق في دين الله ﷻ مردودا إلى استحسان بعض الناس [6].

نوقش استدلالهم: بأنّ إبطال الاستحسان بدعوى أنه يؤدي إلى تضاد الدلائل واختلاف الأحكام في المسألة الواحدة غريب؛ لأنهم لو أبطلوا ما يؤدي إلى ذلك لانسدّ باب الاجتهاد

---

[1] انظر: الأم، الشافعي:67/9.

[2] انظر: الاستحسان، الباحسين: 138.

[3] الإحكام، ابن حزم: 17/6.

[4] انظر: الاستحسان، الباحسين: 140.

[5] انظر: الإحكام، ابن حزم: 17/6 ؛ وانظر: تاريخ التشريع، مناع القطان: 376.

[6] انظر: الإحكام، ابن حزم: 17/6 ؛ وانظر: تاريخ التشريع، مناع القطان: 376.



مطلقا، مهما كانت مصادره؛ لأنّ الاختلاف واقع بين المجتهدين في الاستنباط من كافة المصادر، ولا وجه لتخصيص الاختلاف بالاستحسان[1].

(والشافعي نفسه قال في بيان اختلاف القائلين أنّ المسألة قد تحتمل أنْ تُقاس فيوجد لها في الأصلين شبهٌ فيذهب ذاهبٌ إلى أصل، والآخر إلى أصل غيره فيختلفان، فليس قول أهل العراق بالاستحسان إلا ذهابا بالمسألة إلى أصل آخر خاص أو عام)[2].

خلاصة القول:

إنّ كلاّ من المثبتين للاستحسان والنافين له، تمسك بأدلة لكنها لم تَسْلم من مناقشة المخالفين لهم .

وأنّه مما سبق ذكره من أدلةٍ لِكِلا الفريقين يتبيّن أنّ المعنى الذي أراده المثبتون للاستحسان، هو غير المعنى الذي قصده المنكرون، ويتضح ذلك من قول مالك: « الاستحسان تسعة أعشار العلم »، وقول الشافعي:« من استحسن فقد شَرّع »، فالاستحسان الذي انتقده الشافعي وهو تلميذ مالك لا يمكن أن يكون هو نفسه الاستحسان الذي قال عنه مالك أنّه تسعة أعشار العلم .

لأنّ الشافعي أنكر الاستحسان المبني على الهوى والتشهي، وهذا مردودٌ باتفاق العلماء، فلا يمكن بناء الأحكام على الرأي المجرد عن دليل، والاستحسان الذي احتج به المثبتون هو الاستحسان المستند إلى دليل شرعي، وهذا لا يمكن أنْ يُنكره الخصم.

وبالتالي الفريقان لا يتواردان على نفس المحل،كما قال صاحب جمع الجوامع: « فإن تحقق استحسان مختلف فيه فمن قال به فقد شرّع »[3].

فالاستحسان يعود مفهومه إلى التيسير ورفع الحرج والمشقة وهذا المعنى ثابت في الشريعة بأدلة كثيرة، مثالها قوله ﷻ:﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴿٧٨﴾ ﴾ [الحج: 78]

وقوله ﷻ:﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴿١٨٥﴾ ﴾ [البقرة: 185]

ولما كان الحرج أو المشقة الجالبة للتيسير غير منضبطيْن عند من احتج بالاستحسان لم يُعلّقوا بهما الأحكام، ولجأوا إلى الوسائل التي تكشف عن وجود الحرج أو المشقة، وهذه الوسائل هي

---

[1] انظر: الاستحسان، الباحسين: 138.

[2] الاستحسان، الباحسين: 138.

[3] جمع الجوامع في أصول الفقه، تاج الدين السبكي: 110.

الأدلة التي يُعدل بها عن الأقيسة، وهي المسماة بوجوه الاستحسان، فقولهم: هذا استحسان بالعرف مثلا؛ معناه أن العرف كشفَ عن وجود حرجٍ يرتفع، في الأخذ بحكمٍ مخالفٍ في المسألة المستثناة، ومثل ذلك في باقي الأدلة التي عُدِل إليها عن القياس، وهي ترجع إلى الضرورة والحاجة في الغالب [1].

وبذلك يمكن القول: إنّ حجية الاستحسان تكمُن في كونه رافعاً للحرج، وفي كون الأدلة التي يُعدل بها إليه حجة عند القائلين بها، وهي الأدلة المباشرة في إثباته. فالاستحسان بالنص حجة، ودليله حجية النص نفسه ... وهذا مما لا يسع الخصم إنكاره، لأنّ إنكاره يُعدّ إنكارا للنص، والمانعون للعمل بالاستحسان لا ينكرون النص [2].

فيكون الخلاف بين المثبتين للاستحسان والمنكرين له، خلافاً لفظياً لأنّ الاستحسان الذي احتج به المثبتون لا ينطبق على الاستحسان الذي أنكره المانعون للاستحسان.

فالغزالي أرجع استنكار الاستحسان إلى اللفظ_ الاستحسان _، وتخصيص هذا النوع من الدليل باسم الاستحسان من بين سائر الأدلة [3].

كما أنّ الشافعي نفسه استعمل لفظ الاستحسان في مسائل عديدة، مما يدل على أنّ معنى الاستحسان الذي أنكره، غير المعنى الذي عند خصمه. ومِن أمثلة تلك المسائل أنّه قال:

في باب المتعة « أستحسن أن تكون ثلاثين درهما »، و« أستحسن أن تثبت الشفعة للشفيع إلى ثلاثة أيام » و « أستحسن أن يترك شيء للمكاتب » [4] .

كما استْحسَن التحليف على المصحف، وقال في السارق إن أخرج يده اليسرى بدل اليمين القياس أن تُقطع يمناه، والاستحسان أن لا تُقطع، واستحسَن أن يضع المؤذن أصبعيه في صفاحي أذنيه إذا أذّن [5].

---

[1] انظر: الاستحسان، الباحسين: 153- 154.

[2] المرجع نفسه: 154- 155.

[3] المستصفى: 477/2.

[4] المحصول في علم الأصول، الرازي: 127/6 ؛ وانظر: الإبهاج في شرح المنهاج، علي وتاج الدين السبكي: 191/3.

[5] الإبهاج في شرح المنهاج، علي وتاج الدين السبكي: 191/3.



وما يُثبت أيضا أنّ الخلاف اصطلاحيٌّ ما قاله القفال [1]: ((إنْ كان المراد بالاستحسان ما دلّت عليه الأصول بمعانيها، فهو حسن لقيام الحجة به، وهذا لا نُنكره ونقول به، وإنْ كان ما يقع في الوهم من استقباح الشيء واستحسانه من غير حجةٍ دلّت عليه من أصلٍ ونظيرٍ، فهو محظورٌ والقول به غير سائغٍ)) [2]. وكأنّه بهذا القول يَرُدّ على الذين عرّفوا الاستحسان بأنّه دليل ينقدح في ذهن المجتهد وتعسر عبارته عنه.

قال عبد الكريم النملة: الخلاف في الاستحسان خلافٌ لفظي، لا ثمرة له؛ لأنّ الاستحسان عند الحنفية هو: العدول عن دليل إلى دليل هو أقوى منه. وهذا مما لا ينكره الجمهور، والاختلاف في الاصطلاح على الاستحسان مع الاتفاق في معناه لا يُؤثِّر [3].

[1] هو محمد بن علي بن إسماعيل أبو بكر الشاشي القفال الكبير شافعي المذهب، مولده سنة (291 هـ)، من مصنفاته: دلائل النبوة، أدب القضاء، توفي سنة (365 هـ) . طبقات الشافعية، ابن قاضي شهبة: 1/ 148- 149.

[2] إرشاد الفحول، الشوكاني: 2/988.

[3] انظر: الخلاف اللفظي عند الأصوليين، عبد الكريم النملة: 2/ 196- 197.





المطلب الثالث: أقسام الاستحسان والعلاقة بينه وبين المصلحة المرسلة

في هذا المطلب تُعرض تقسيمات الاستحسان عند الحنفية والمالكية، والعلاقة بين الاستحسان والمصلحة المرسلة.

1- أقسام الاستحسان:

يقسم كل من الحنفية والمالكية الاستحسان إلى عدة أنواع.

أ – عند الحنفية:

قسّم الحنفية الاستحسان إلى أربعة أقسام حسب الدليل المثبت للاستحسان وهي كما يلي:

1- الاستحسان بالنص:

وهو العدول عن حكم القياس في مسألة إلى حكم مخالف له ثبت بالكتاب أو السنّة [١]. وهو نوعان:

أ – من الكتاب:

مثاله: جواز الوصية، والقياس يأبى جوازها؛ لأنها تمليك مضاف إلى حال زوال الملكية، ولو أضيف إلى حال قيامها بأن قيل: ملّكتك غداً كان باطلاً، فكان ذلك أولى بالبطلان، إلاّ أنهم استحسنوها لحاجة الناس إليها [٢]. لقوله ﷻ: ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ ﴿١١﴾ ﴾ [النساء: 11] .

ب – من السنة:

مثاله: جواز عقد السّلم؛ فإنّ القياس يأبى جواز السّلم لأنّ المعقود عليه الذي هو محل العقد معدوم حقيقة عند العقد، والعقد لا ينعقد على مجهول، إلاّ أنه تُرك بالأثر الموجب للترخص [٣]، وهو قوله عليه الصلاة والسلام:(مَنْ أسلف في شيء ففي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم) [٤].

---

١ أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، مصطفى البغا: 142.

٢ البناية شرح الهداية: 13/ 389

٣ انظر: كشف الأسرار، عبد العزيز البخاري: 5/4.

٤ صحيح البخاري ،كتاب السَّلم، باب السلم في وزن معلوم، (2240): 2/ 124.



2- الاستحسان بالإجماع:

وهو أنْ يُترك موجب القياس في مسألة، لانعقاد الإجماع على حكم آخر غير الذي يؤدي إليه القياس [1].

من الاستحسان الثابت بالإجماع، عقد الاستصناع، فالقياس يقتضي عدم جوازه لأنه بيع معدوم للحال حقيقة ومعدوم وصفا في الذمة، ولا يجوز بيع شيء إلا بعد تعيُّنه حقيقة؛ أي ثبوته في الذمة لكنهم استحسنوا تركه بالإجماع الثابت بتعامل الأمة من غير نكير [2].

3- الاستحسان للضرورة:

الضرورة هي: « الحالة التي تطرأ على الإنسان، بحيث لو لم تُراع لجُزم أو خيف أنْ تضيع مصالحه الضرورية » [3].

ويتحقق هذا النوع من الاستحسان في كل جزئية يكون الأخذ بها وفق القياس أمراً متعذراً، أو ممكناً لكنه يُلحق بالمكلف مشقة وعسراً شديديْن، فيعدل بها عن أن يحكم فيها بمثل ما حَكم به في نظائرها [4].

ومثاله: الحكم بطهارة الآبار والحياض بعد تنجسها، مع أنّ القياس يأبى جوازها؛ لأنّ ما ترِد عليه النجاسة يتنجس بملاقاته إيَّاها، وتُرك القياس للضرورة المحوجة إلى ذلك لعامة الناس؛ فإنّ الحرج مدفوع بالنص، وفي موضع الضرورة يتحقق معنى الحرج إذا أُخذ فيه بالقياس فكان متروكاً بالنص[5].

4- الاستحسان بالقياس الخفي:

ويكون عند التعارض بين قياسين في مسألةٍ واحدةٍ، فيُرجَّح بينهما ترجيحاً أساسه قوة تأثير العلّة، وذلك بأنْ يكون الفرع متردِّداً بين أصليْن في كل منهما حكم ثابت شرعاً، وقد أخذ شبهاً من كل منهما، فيُلحق بأقربهما شبها له [6].

---

[1] أثر الأدلة المختلف فيها، مصطفى البغا: 142.

[2] انظر: كشف الأسرار: 5/4.

[3] الاستحسان، الباحسين: 100.

[4] المرجع نفسه: 100.

[5] أصول السرخسي: 2/ 203 ؛ وانظر: كشف الأسرار: 6/4.

[6] أصول الفقه الإسلامي، بدران بدران: 203- 204.



ومثلوا له بقولهم: إنّ سُؤر سباع الطير نجس، قياساً على سؤر سباع الوحش بعلة حرمة التناول، وفي الاستحسان لا يكون نجساً؛ لأن السباع غير محرم الانتفاع بها، فعيْنها ليست نجسة، وإنما نجاسة سؤر سباع الوحش باعتبار حرمة الأكل؛ لأنها تشرب بلسانها وهو رطب من لعابها، ففارق بذلك الطير لأنه يشرب بمنقاره وهو طاهر بنفسه، فوجب الحكم بطهارة سؤره لأنّ هذا أثر قوي وإنْ خفي، فترجح على الأول،وإنْ كان أمره جليا [1].

ب – عند المالكية:

قسم المالكية الاستحسان إلى عدة أنواع نعدّد منها خمسة:

1– استحسان سنده الإجماع:

مثلوا له: بإيجاب الغرم على منْ قطع ذنب بغلة القاضي، أي قيمة الدابة لا قيمة النقص الحاصل فيها، ووجه ذلك، أنّ القاضي لا يحتاج إلى البغلة إلا للركوب، فامتنع ركوبه لها بسبب فُحش ذلك العيب، فكانت البغلة غير صالحة لهذا الوجه من الاستعمال بالنسبة للقاضي؛ لأنها تنافي وقار وظيفته، فألزموا الفاعل غرم قيمة الدابة كلها، مع أنّ الأصل أنْ لا يَغرم إلا قيمة النقص الحاصل، لكنهم استحسنوا أنْ يغرم قيمة الدابة كلها [2].

2– استحسان سنده المصلحة:

كما في تضمين الأجير المشترك وإنْ لم يكن صانعا، كتضمين صاحب الحمام الثياب، وتضمين صاحب السفينة وكذلك حمّال الطعام فإنّه ضامن، مع أنّ القياس يقتضي عدم تضمين الأُجراء؛ لأنّهم مؤتمنون بالدليل لا بالبراءة الأصلية، فصار تضمينهم مستثنى من الدليل، لأنهم لو لم يُضمّنوا لأدى ذلك إلى تضييع أموال الناس، وقلة الاحتراز وتطرق الخيانة فكانت المصلحة تضمينهم حفاظا على أموال الناس[3].

3– استحسان سنده العرف:

هو العدول عن مقتضى القياس إلى حكم آخر يخالفه؛ لجريان عرف بذلك، أو عملاً بما اعتاده الناس [4].

[1] انظر: أصول السرخسي: 204/2 ؛ وانظر: الاعتصام: 370/2.

[2] الاعتصام: 373/1.

[3] المرجع نفسه: 372/2.

[4] أثر الأدلة المختلف فيها، مصطفى البُغا: 143.



ومِن مذهب مالك بن أنس تركُ الدليل للعرف؛ فإنه ردَّ الأيْمان إلى العرف، مع أنّ اللغة تقتضي في ألفاظها غير ما يقتضيه العرف، فمَن حلف ألا يدخل بيتاً، فهو يحنث بدخول كل موضع يُسمى بيتاً في اللغة، فإنْ دخل المسجد فالأصل أنه يحنث لأنّ المسجد بيتٌ، إلا أنّ عُرْف الناس لا يُطلق لفظ البيت على المسجد، فلا يحنث[1].

4- استحسان سنده رفع المشقة وإيثار التوسعة على الخلق:

من أمثلته: جواز التفاضل اليسير في المراطلة [2] الكثيرة، وأجازوا إبدال الدرهم الناقص بالوازن لنزارة ما بينهما، والأصل المنع في الجميع، لِما جاء عن رسول الله ﷺ أنه قال:(لا تَبيعوا الذهبَ بالذهب إلا سواءً بسواء والفضة بالفضة إلاّ سواءً بسواء) [3]. وأنّ مَن زاد أو ازداد فقد أربى. ووجه ذلك أنّ التافه في حكم العدم، ولذلك لا تنصرف إليه الأغراض في الغالب، وأن المشاحة في اليسير قد تؤدي إلى الحرج والمشقة، وهما مرفوعان عن المكلف [4].

5- استحسان بمراعاة الخلاف:

من مسائله أنّ الماء اليسير إذا حلَّت فيه النجاسة اليسيرة و لم تغيِّر أحد أوصافه أنّه لا يتوضأ به، بل يتيمم ويتركه، فإنْ توضأ به وصلى، أعاد مادام في الوقت، و لم يُعِد بعد الوقت. وإنّما قال: « يُعيد في الوقت »، مراعاة لقول من يقول: إنّه طاهر مطهِّر ويروي جواز الوضوء به ابتداءً. وكان قياس هذا القول أنْ يُعيد أبدا، إذا لم يتوضأ إلا بماء يصح له تركه والانتقال عنه إلى التيمم[5].

بالمقارنة بين أقسام الاستحسان التي عدّها الأحناف والأقسام التي عدّها المالكية، يُلاحظ أنهم يتفقون في الاستحسان الذي سنده الإجماع، والاستحسان للضرورة والاستحسان المستند إلى رفع الحرج، إذْ أنه لو لم تراع الضرورة لوقع المكلف في حرج ومشقة وهما مرفوعان عن المكلف. والعدول عن الحكم الأصلي إلى الحكم الذي تقتضيه الضرورة يُعتبر حفظاً للمصالح الضرورية للإنسان.

---

١ الاعتصام: 2/ 272.

٢ « هي بيع ذهبٍ به وزناً أو فضة كذلك » . شرح حدود ابن عرفة، أبو عبد الله الرصاع: 341.

٣ صحيح البخاري،كتاب البيوع، باب بيع الذهب بالذهب، (2175): 2/107.

٤ الاعتصام: 2/ 373.

٥ المرجع نفسه: 2/ 375.



وبالتالي فالحنفية والمالكية يتفقان في الاستحسان الذي سنده المصلحة، إذْ أنّ مراعاة الضرورة ورفع المشقة يُعدّ مصلحة، والاستحسان استثناء من القاعدة العامة لمعنى مؤثر في الحكم هو المصلحة .ويؤيد هذا ما ذكره عبد الوهاب خلاف ، فقد ذكر من بين أقسام الاستحسان عند الحنفية الاستحسان بالمصلحة، وبالمقارنة بين أقسام الاستحسان عند المذهبين الحنفي والمالكي توصل إلى أنّهما يتفقان في الاستحسان الذي سنده المصلحة [١].

2- العلاقة بين المصلحة المرسلة والاستحسان:

لمعرفة العلاقة بين المصلحة المرسلة والاستحسان يُذكر وجه الوفق والفرق بينهما:

1- وجه الوفق:

مِن بين أقسام الاستحسان عند الحنفية استحسان الضرورة، وهو فرعٌ من قاعدة المصالح المرسلة؛ لأنّ فيه عدول عن مقتضى حكم القياس إذا كان ذلك القياس يُفوِّت مقصود الشارع بأن يؤدي إلى حرج غير عادي أو إلى ضرر أعظم من المصلحة المتوخاة [٢].

أما الاستحسان عند المالكية فهو فرع من نظرية المصالح دائما؛ لأنّ الاستحسان عندهم هو العدول عن القياس رعاية لمصلحة تُعارضه في مسألة معيّنة [٣].

2ــ وجه الفرق:

المصلحة المرسلة لا يُشترط فيها معارض، بينما الاستحسان يُشترط فيه أن يكون له معارض مرجوح، ويُرَجَّح الاستحسان عليه [٤].

ومعنى ذلك أن يكون الحكم الاستحساني في المسألة مخالفا لمقتضى القواعد القياسية فيها على سبيل الاستثناء من تلك القواعد إما رعاية لمصلحة عامة، كتضمين الأُجراء العموميين ما في أيديهم من أموال الناس... وإما رعاية لمصلحة حقوقية جزئية [٥].

أما المصلحة المرسلة فلا يشترط فيها أن تكون مخالفة لقياس يعارضها. فقد يكون الحكم الثابت بها في الشؤون العامة التي لا يوجد في الشريعة دليل على خلافها، بل المصلحة فيها هي الدليل

---

١ مصادر التشريع فيما لانص فيه، خلاف: 57.

٢ انظر: المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا: 112/1.

٣ انظر: المرجع نفسه: 112/1.

٤ نفائس الأصول في شرح المحصول، القرافي: 4095/9.

٥ انظر: المدخل الفقهي العام: 1/ 112- 113.





الوحيد... كتحديد عقوبات الجرائم منعا لفوضى الأحكام باختلاف أنظار الحكام... وهذا إنما هو استصلاح محض [١].

مما سبق ذكره يظهر أنّ بين المصلحة المرسلة والاستحسان عموم وخصوص، فكل استحسان هو وجه من المصلحة مرسلة، وليس كل ما يبنى على المصلحة المرسلة يُعد استحساناً [٢].

---

١ انظر: المدخل الفقهي العام: 1/ 112- 113.

٢ انظر: المصلحة المرسلة ضوابطها وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي، سمية قرين: 28.





المبحث الثالث

دراسة الفروع المتشابهة في المصالح المرسلة والاستحسان عند المالكية والحنفية

تمهيد

المطلب الأول: مسائل في البيع

المطلب الثاني: مسائل في الإجارة والجعالة

المطلب الثالث: مسألة في الميراث





تمهيد:

بعد الكلام فيما سبق، عن كلٍّ من المصلحة المرسلة والاستحسان من الناحية النظرية، يأتي هذا المبحث للتطبيق للمسألة محل البحث؛ وذلك بإيراد بعض الفروع الفقهية التي تمثل نماذج تطبيقية للمصالح المرسلة عند المالكية، وما يشابهها من فروع فقهية بناها الحنفية على الاستحسان، مع ذكر أقوال المالكية في الفروع الفقهية التي بنوها على المصالح المرسلة، وأقوال الحنفية في الفروع التي استندوا فيها إلى الاستحسان، وبيان وجه المصلحة المرسلة في أمثلتها، ووجه الاستحسان في نماذج الاستحسان، مع عدم الالتزام بأنْ يكون القول المبني على المصلحة المرسلة أو الاستحسان في الأمثلة التي سترد هو القول المُعتمد في المذهب، لأنّ الغرض الأساسي من إيراد هذه الفروع هو التمثيل لبيان وجه بنائها على المصلحة المرسلة والاستحسان.



المطلب الأول: مسائل في البيع

الفرع الأول: شرط الخيار[١] لأجنبي عن العقد

صورته: أنْ يشتري المشتري شيئاً ويشترط الخيار لغيره [٢] .

كلام المالكية في المسألة:

جاء في بداية المجتهد أنّ مالكاً قال:" يجوز اشتراط الخيار للأجنبي والبيع صحيح " [٣].

وقال القرافي:" إنّ مشروعية الخيار إنما كانت لاستدراك المصلحة، فوجب أنْ يُشَرّعَ منه ما يُحصّلها كيف كانت تحصيلاً لمقصود الشرع " [٤].

وبذلك يمكنُ القول أنّ المالكية استندوا في تجويز شرط الخيار للأجنبي، إلى المصلحة المرسلة ووجه المصلحة فيه؛ أنّه ربما يكون أحد المتعاقديْن قاصراً عن معرفة مصلحته في عقد البيع، فيدخل أجنبيٌّ عن العقد في الخيار؛ وذلك تحقيقاً للمقصود من عقد البيع وهو انتفاع البائع بالثمن، والمشتري بالمثمون.

أما كونُ هذه المصلحة مرسلة؛ فلأنّه لم يدل دليلٌ معيّن على جواز اشتراط الخيار لغير المتعاقديْن، كما لم يدلَّ دليل على عدم جواز ذلك.

كلام الحنفية في المسألة:

أجاز أبوحنيفة والصاحبان اشتراط الخيار لغير المتعاقديْن، بخلاف زفر[٥].

(اشتراط الخيار للغير لا يجوز في القياس وهو قول زفر؛ لأنّ الخيار إذا شُرِط في العقد صار حقاً من حقوقه، واجباً من واجباته بمقتضى الشرط المسوّغ شرعاً وما كان من مواجب العقد لا يجوز

---

١ "هوأن يشترط أحد المتعاقدين أو كلاهما الخيار بين قبول العقد، وردّه ثلاثة أيام أو أقلّ ". التعريفات الفقهية، محمد عميم الإحسان البركتي: 90.

٢ العناية شرح الهداية، محمد البابرتي: 6/ 320.

٣ بداية المجتهد، ابن رشد: 2/ 212.

٤ الذخيرة، القرافي: 5/25.

٥ هو زفر بن الهُذيل العنبري البصري صاحب الإمام أبي حنيفة، ولد سنة (110هــ) ، كان فقيهاً حافظاً، وكان ثقة في الحديث، وذا عقل ودين وفهم وورع، توفي بالبصرة سنة (158 هــ). الجواهر المضية في طبقات الحنفية، القرشي: 1/ 243-244.



اشتراطه على غير العاقد، كاشتراط الثمن على غير المشتري أو اشتراط تسليمه على غيره أو اشتراط المِلك للغير)[1] .

(أما العلماء الثلاثة فقد استحسنوا جواز اشتراط الخيار للغير؛ لأنّ الحاجة قد تدعوا إلى اشتراط الخيار للأجنبي، لكونه أعْرف بالمبيع أو بالعقد فصار كالاحتياج إلى نفس الخيار)[2].

ووجه الاستحسان في تجويز شرط الخيار للأجنبي ظاهرٌ في هذا النص، وهو الحاجة التي قد تدعو أحَد العاقدين إلى اشتراطه، لقصوره عن معرفة مصلحته وأحوال البيع، وباشتراط الخيار للغير، تحصل المصلحة، وهذا هو عين المصلحة التي استدل بها المالكية .

اتفق الحنفية والمالكية على جواز شرط الخيار، لغير البائع والمشتري في العقد؛ للحاجة إلى هذا الشرط، وذلك للمصلحة التي تحصل منه، مع أنّ الأصل المستند إليه مختلف؛ فالمالكية مستندهم المصلحة المرسلة والحنفية مستندهم الاستحسان.

الفرع الثاني: اشتراط رهن[3] معيّن في عقد البيع

صورته: أنْ يشترط البائع على المشتري أنْ يعطيه بالثمن رهناً معيّناً[4].

كلام المالكية في المسألة:

أجاز المالكية اشتراط رهنٍ معيّنٍ في العقد[5].

فاشتراط رهنٍ معلومٍ في العقد جائز؛ لأنّه من الشروط التي لا يقتضيها العقد ولا يُنافيها بل مما تعود على البيع بمصلحة[6].

يمكن القول: إنّ المالكية استدلوا على جواز الرهن المعيّن في العقد، بالمصلحة المرسلة،ووجه المصلحة هو حاجة الناس إلى الرُّهون، وذلك ليضمن صاحب الحق حقه، والمصلحة تقتضي حفظ أموال الناس.

---

[1] العناية شرح الهداية، محمد البابرتي: 6/ 320.

[2] المرجع نفسه: 6/ 320.

[3] « الرهن مال قبضه توثق به في دين ». شرح حدود ابن عرفة، أبو عبد الله الرصاع: 409.

[4] انظر: المدونة الكبرى، سحنون: 3/ 201 ؛ وانظر: بدائع الصنائع، الكاساني: 5/ 171.

[5] البيع بثمن مؤجل.

[6] انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد الدسوقي المالكي: 3/67.



أمّا كون هذه المصلحة مرسلة؛ فلأنّه لم يدل دليل خاص على الإذن باشتراط رهنٍ معيّن، و لم يدل دليل على منع ذلك.

كلام الحنفية في المسألة:

قال الحنفية: إنّ اشتراط رهنٍ معيّنٍ في عقد البيع، (شرط لا يقتضيه العقد لكنه ملائم للعقد، ولا يوجب فساده؛ لأنّه مقرر لحكم العقد من حيث المعنى مؤكداً إيّاه، فيلحق بالشرط الذي هو من مقتضيات العقد) [١].

فالرّهن إذا كان معلوماً فالبيع جائزٌ استحساناً عند الأحناف، والقياس عدم جوازه؛ لأن الشرط المخالف لمقتضى العقد مُفسدٌ في الأصل، وشرط الرهن مما يخالف مقتضى العقد فكان مُفسداً، إلاّ أنهم استحسنوا جوازه. وجه الاستحسان هو: ((أنّ هذا الشرط ولَو كان مخالفاً لمقتضى العقد صورةً فهو موافقٌ له معنىً؛ لأنّ الرهن بالثمن إنما شُرِع توثيقاً للثمن، وبذلك يتأكد حق البائع)) [٢]. وهذا هو عين المصلحة.

هناك تشابهٌ بين قولي الحنفية والمالكية في هذه المسألة، فهما متفقان على جواز اشتراط رهنٍ معيّنٍ في عقد البيع، مع أنه شرط لا يقتضيه العقد، وقولهم بالجواز إنما هو مراعاة للمصلحة العامة وهي حاجة الناس إلى الرهون لحفظ أموالهم، ودليل المالكية في ذلك المصلحة المرسلة، والاستحسان عند الحنفية.

الفرع الثالث: اشتراط كفيل[٣] حاضر في عقد البيع

صورته: أن يشترط البائع على المشتري إعطاءه كفيلاً حاضراً [٤].

كلام المالكية في المسألة:

قال مالك: يجوز البيع باشتراط حميلٍ بعينه في العقد ، إنْ رضي الحميلُ، وهذا إذا كان الحميل

---

١ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الكاساني: 5/ 171.

٢ المرجع نفسه: 5/ 171.

٣ ((هو الذي ضمّ ذمته إلى ذمة الآخر، والآخر هو الأصيل والمكفول عنه والطالب هو الدائن والمكفول له والشيء الذي تعهّد الكفيل بأدائه وتسليمه هو المكفول به)). التعريفات الفقهية، البركتي: 183؛ ((ويسمى الكفيل بالحميل)). شرح حدود ابن عرفة، أبو عبد الله الرصّاع: 428.

٤ انظر: بدائع الصنائع: 5/ 172.



الذي شَرط في البيع قريبَ الغيبةِ، أو بحضرة العاقديْن و لم يتباعد ذلك [1].

جاء في حاشية الدسوقي: يصح بيع السلعة بثمنٍ مؤجلٍ على شرطِ حميلٍ في العقد [2] .

عقد الكفالة من عقود التوثيق التي يلجأ إليها صاحب الحق ليضمن حقه، وهو بذلك مثل الرهن، فالقول بجواز اشتراط كفيل معيّن في عقد البيع، مبنيٌّ على المصلحة المرسلة، ووجه المصلحة في ذلك؛ هو أنّه في اشتراط الكفيلِ حمايةٌ لِحقِّ الدائن، فيَطمئن على دينه مستقبلاً، كما أنّ في ذلك إعانة للمدين إذا كان مُعسراً.

أما كون هذه المصلحة مرسلة؛ فلأنه لم يشهد دليل خاص باعتبار اشتراط حميل بعينه في العقد، ولا بإلغائه.

كلام الحنفية في المسألة:

ذهب علماء الحنفية إلى جواز البيع بشرط الكفالة استحساناً، وذلك إذا كان الكفيل حاضراً في المجلس وقَبِلَ.والقياس ألاّ يجوز وبه أخذ زفر [3]. (وجهُ القياس أنه صفقة في صفقة وهو منهيٌّ عنه؛ ولأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحدهما، ومثله يُفسد البيع)[4].

أما وجه الاستحسان هو أنه شرطٌ ملائم للعقد، وفيه توثيق وتوكيد للثمن، فيكون شرطاً مقرراً

لِما يقتضيه العقد معنى [5]. وهذا هو نفس القول بالمصلحة التي أخذ بها المالكية.

اتفاق الأحناف والمالكية على جواز اشتراط كفيلٍ حاضرٍ في عقد البيع، يُقال فيه ما قيل في مسألة "اشتراط رهن معين في عقد البيع" مِن حصول مصلحة رآها أصحاب المذهبين، فبهذا الشرط يضمن صاحب الحقِّ حقه. وهذا قول بالمصلحة المرسلة عند المالكية، وقول بالاستحسان عند الأحناف.

---

١ انظر: المدونة الكبرى، سحنون بن سعيد: 201/3.

٢ انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،محمد بن عرفة الدسوقي المالكي: 3/ 67.

٣ انظر: تحفة الفقهاء، محمد السمرقندي: 2/ 50.

٤ الهداية في شرح بداية المبتدي، علي المرغيناني: 4/ 424.

٥ انظر: الهداية: 4/ 424 ؛ وانظر: تحفة الفقهاء: 2/ 50.



الفرع الرابع: بيع الوقف[1] للضرورة

الاتفاق جارٍ على عدم جواز بيع الوقف أو استبداله في الحالات العادية ، واختلفوا في بيع الوقف إذا دعت إليه الضرورة.

كلام المالكية في المسألة:

أفتى بعض المالكية بجواز بيع الوقف عند الاضطرار إلى ذلك، مع أنّ الأصل هو منع البيع الثابت بالدليل، وهو قوله ﷺ لِعمر بن الخطاب رضي الله عنه:(تَصَدَّقْ بِأَصْلِهِ لاَ يُبَاعُ أصلها ولا يبتاع ولا يورث ولا يوهب)[2] .

ممن أفتى بجواز بيع الوقف للضرورة، القاضي أبو الحسن علي بن محسود [3] قائلاً: ((يجوز البيع لخوف الهلاك بالجوع ونحوه)) [4] .

(سُئل القاضي ابن محسود عن أرض المساكين المحبسة عليهم، هل يجوز بيعها في مثل هذه السنة لعيشهم لما نزل بهم من الخصاصة والحاجة بالمساكين أم لا؟) [5].

(فأجاب: بيع أرض المساكين في مثل هذه السنة لعيشهم وحياة أنفسهم أفضل عند الله من بقاء

كما نُقل عن اللخمي[6] وعبد الحميد[7] جواز بيع الوقف للضرورة ونصه: ((ومن حبس عليه عليه شيء وخيف عليه الموت لمثل مجاعة فإنّ الحبس يُباع وينفق على المحبس عليه)) [8].

---

[1] ((هو حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة عند أبي حنيفة، وعندهما حبس العين عن التمليك مع التصدق بمنفعتها فتكون العين زائلة إلى ملك الله تعالى)) . التعريفات، الجرجاني: 274.

[2] صحيح مسلم ، كتاب الوصية، باب الوقف، (1632): 2/ 770 .

[3] هو أبو الحسن سيدي علي بن محسود، القاضي بفاس أحد الفقهاء بها والعلماء المرجوع إليه في الفتوى بها. سلوة الأنفاس ومحادثة الأكياس بمن أقبر من العلماء والصلحاء بفاس، أبو عبد الله محمد الكتاني: 212.

[4] البهجة في شرح التحفة، أبو الحسن التسولي: 2/ 389.

[5] المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغرب، أبو العباس الونشريسي: 7/ 332.

[6] هو علي أبو الحسن بن محمد اللخمي المالكي، كان فقيها متفنناً له التبصرة تعليق على المدونة، وله اختيارات تخالف المذهب، توفي سنة (498هـ). الديباج المذهب: 203.

[7] هو عبد الحميد بن محمد الهواري المالكي، المعروف بابن الصائغ، كان فقيها نبيلاً، له تعليق على المدونة، توفي سنة (486هـ). الديباج المذهب: 159.

[8] البهجة، التسولي: 2/390.

واستشكل فتوى ابن محسود، أبو زيد سيدي عبد الرحمن الفاسي[١] قائلاً: «ولا أعرِف مستنداً بهذه الفتوى ولعلها اجتهاد. نعم مستندها في الجملة المصالح المرسلة وارتكاب أخف الضررين». قال: «والحاصل أنّ تلك الفتوى مما تندرج بالمعنى فيما استثنوه من بيع الوقف لتوسيع المسجد ونحوه»[٢]. كما خالف بعض المالكية فتوى ابن محسود بقولهم: أنّه ما عُلم جواز بيع الوقف لِما ذُكر لأحد من أهل العلم، ويُنْقضُ البيع إنْ وقعَ[٣].

(وفي المعيار عن العبدوسي[٤] أنّه يجوز أن يفعل في الحبس ما فيه مصلحة مما يغلب على الظن، حتى كاد يقطع أنه لو كان المحبس حيّاً لفعله واستحسنه)[٥].

ووجه المصلحة بيّنٌ في النقول السابقة، ووجه كون هذه المصلحة مرسلة؛ فلأنه لم يرد دليل معيّن على جواز بيع الوقف للضرورة، كما لم يرد دليل بمنع بيع الوقف للضرورة.

كلام الحنفية في المسألة:

(ذهب أبو يوسف ومحمد إلى جواز بيع الوقف إذا صار بحال لا يُنتفع به ويرد ثمنه في مثله)[٦].

ويرى أبو يوسف أنّه يجوز للواقف أنْ يشترط لنفسه بيع الوقف ويصرف ثمنه إلى ما هو أفضل منه؛ لأنّ شرط البيع شرطٌ لا ينافيه الوقف. قال: « ألا ترى أنّه يُباع باب المسجد إذا خلق وشجر الوقف إذا يبس »[٧].

وفي فتح القدير: « لو خَرِب ما حول المسجد أو استغنى عن الصلاة فيه أهل تلك القرية، بأنْ كان في قرية فخربت وحُوّلت مزارع، يبقى مسجداً على حاله عند أبي يوسف وهو قول أبي

---

١ هو أبو زيد عبد الرحمن بن يوسف بن أحمد بن محمد بن عبد القادر الفاسي، ولد سنة (1254 هـ) كان فقيهاً فهامة هو عمدة المحصلين وقدوة المحدثين، حفظ القرآن و جوّده رسماً وأداءً، توفي سنة (1313 هـ) . شجرة النور الزكية: 1/ 432.

٢ البهجة: 2/ 390.

٣ المرجع نفسه: 2/ 390.

٤ هو أبو عمران موسى بن معطي العبدوسي الفاسي، الإمام الحافظ، شيخ ابن الخطيب القسنطيني، له تآليف منها: تقييدان على المدونة، وتقييد على الرسالة، توفي سنة (776هـ) . شجرة النور الزكية: 1/ 234- 235.

٥ البهجة، التسولي: 2/ 390.

٦ بدائع الصنائع، الكاساني: 220/6.

٧ بدائع الصنائع: 6/ 220.





حنيفة... وعن محمد يعود إلى مِلك الواقف إنْ كان حيّاً وإلى ورثته إنْ كان ميتاً، وإنْ لم يُعرفوا كان لهم بيعه والاستعانة بثمنه في بناء مسجدٍ آخرَ)) [1] .

فأبو يوسف لا يرى بطلان الوقف بتغيره وعدم الانتفاع به فيما وُقف من أجله، فيكون قوله بجواز البيع استثناءً من الدليل الذي اقتضى منع البيع، وهو قوله ﷺ:(تَصَدَّقْ بِأصْلِهِ لاَ يُبَاعُ ولا يُبتاع ولا يُوهبُ ولا يُورَثُ) [2] .أمّا على قول محمد؛ الوقف يبطل بعدم حصول الانتفاع به، فقوله بجواز بيع الوقف لانعدام الوقفية، وعند أبي يوسف البيع جائز للحاجة حفظاً للوقف واستمراراً له. فيكون مستند أبي يوسف في جواز بيع الوقف هو الاستحسان[3].

لأنّ القياس أن لاّ يُباع الوقف مطلقاً، لورود النهي في الحديث، وأما وجه الاستحسان الذي بُنِي على الضرورة والذي هو على خلاف القياس؛ القول بالبيع حتى يحصل الانتفاع به وهذا هو نفس القول بالمصلحة .

يتشابه الحكم الفقهي في هذه المسألة عند مذهبي الحنفية والمالكية، فكلاهما يقول بجواز بيع الوقفِ إذا دعَتْ إلى ذلك ضرورة ، مع أنّ الدليل يقتضي عدم جواز بيعه، ومراعاة الضرورة؛ عملٌ بالمصلحة. وهذا استدلال بالمصالح المرسلة لدى المالكية، واستدلال بالاستحسان عند الحنفية.

---

[1] فتح القدير، كمال الدين بن الهمام: 6/ 236.

[2] سبق تخريجه: 57.

[3] انظر: رأي الأصوليين في المصالح المرسلة والاستحسان، زين العابدين النور: 2/ 432.



المطلب الثاني: مسائل في الإجارة والجعالة

الفرع الأول: تضمين الصنّاع [١]

اختلف الفقهاء في تضمين الصناع، والأصل أنّ الصنّاع لا يُضمنون؛ لأنّ أيديهم أيدِ أمانة فالقياس أنْ لا ضمان.

كلام المالكية في المسألة:

قال مالك: إنّ الصنّاع يضمنون ما ادّعَوا هلاكه من المصنوعات المدفوعة إليهم مما يستعملونه على وجه الحاجة إلى أعمالهم وليس ذلك على وجه الاختبار لهم والأمانة، ولو كان ذلك إلى أمانتهم لهلكت أموال الناس وضاعت ولو تركوها لم يجدوا غيرهم ليعمل لهم، فضُمِّن الصناع ذلك لمصلحة الناس [٢] .

وقال أيضاً: ((يضمن الصنّاع ما استعملوا، وإنما قال ذلك لمصلحة العامة، وإذْ لا غِنى للناس عنهم، وقال: ما أدركتُ العلماء إلاّ وهم يُضمِّنون الصنّاع)) [٣] .

قال ابن رشد [٤]:((ومن ضمّن الأجير المشترك لا دليل له إلاّ النظر إلى المصلحة وسدّاً للذريعة))[٥]. كما استدل الشاطبي على تضمين الصناع بالمصلحة المرسلة، لأنّه لم يدل دليل خاص من الشرع باعتبار تضمين الصناع، و لم يدل دليل على إلغاء ذلك .

قال الشاطبي: ((ووجه المصلحة فيه هو أنّ الناس لهم حاجة إلى الصنّاع، وهم يغيبون عن الأمتعة في غالب الأحوال، والأغلب عليهم التفريط وترك الحفظ، فلو لم يثبت تضمينهم مع مسيس الحاجة إلى استعمالهم لأفضى ذلك إلى أحد أمرين: إما ترك الاستصناع بالكلية، وذلك شاق على الخلق، وإما أنْ يعملوا ولا يضمنوا ذلك بدعواهم الهلاك والضياع، فتضيع الأموال، ويقل الاحتراز، وتتطرق الخيانة؛ فكانت المصلحة التضمين)) [٦] .

---

١ الصنّاع مفردها صانع ويسمى الأجير المشترك وهو: ((من يعمل لغير واحد كالصباغ)). التعريفات، الجرجاني: 09.

٢ انظر: المدونة الكبرى، مالك بن أنس: 3/ 400.

٣ النوادر والزيادات، أبو زيد القيرواني: 7/ 67.

٤ هومحمد بن أحمد بن محمد بن رشد من أهل قرطبة، يكنى بأبي الوليد الشهير بالحفيد ولد سنة (520 هـ) ، من مؤلفاته: بداية المجتهد ونهاية المقتصد في الفقه، والكليات في الطب، توفي سنة (595 هـ) . الديباج المذهب: 378 – 379.

٥ بداية المجتهد: 2/ 232.

٦ الاعتصام: 2/ 357.



كلام الحنفية في المسألة:

ذهب أبو حنيفة وزفر: ((إلى أنّ المتاع أمانة في يد الأجير المشترك إنْ هلك لم يضمن شيئاً))[1].

أما عند أبي يوسف ومحمد: ((فإنّه يضمن، إلاّ من شيءٍ غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر، ودليلهم على ذلك ماروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما أنهما كانا يضمنان الأجير المشترك))[2].

كما أنهما يُضمِّنان الصنّاع احتياطاً لأموال الناس؛ لأنّ هؤلاء الأجراء الذين يُسلّم إليهم المال من غير شهود تُخاف خيانتهم، فإذا عَلِموا أنهم لا يُضمّنون هلكت أموال الناس، لأنهم لا يعجزون عن دعوى الهلاك. وهذا المعنى لا يوجد في الحرق الغالب [3].

كما أنّ تضمين الصنّاع نوع استحسانٍ عندهما، صيانةً لأموال الناس [4]. والقياس عدم تضمينهم لأنه لا أمان مع ضمان فالأجير إنما أخذ المتاع لمصلحة غيره لا ليتملكه، ولكن يُضمّنون لمصلحة حفظ أموال الناس وهذا هو وجه الاستحسان وهو على خلاف القياس.

التفتَ كلٌّ من الحنفية والمالكية إلى المصلحة، فظهر تشابه رأيَيْهِما في تضمين الصنّاع، والمصلحة في ذلك تكمن في حفظ أموال النّاس. ومستند هذا الحكم عند المالكية أصلُ المصلحة والمرسلة، أما الحنفية فمستندهم في ذلك الاستحسان.

الفرع الثاني: أجر الدلاّل[5]

معلوم أنّ من شروط الإجارة أنْ يكون الأجر معلوماً، واستئجار الدلاّل ببعض عمله أجرٌ مجهول وفيما يلي يُعرضُ رأي المالكية والحنفية في هذه المسألة.

كلام المالكية في المسألة:

ذهب المالكية إلى جواز إجارة الدلاّل، بجزء مما يُحصِّله، مع أنّ الأجر مجهول، وذلك لحاجة النّاس إليها،لأنّ من أصول مالك مراعاة الحاجيات كما تُراعى الضروريات [6].

---

[1] الهداية في شرح بداية المبتدي، المرغيناني: 3/ 242.

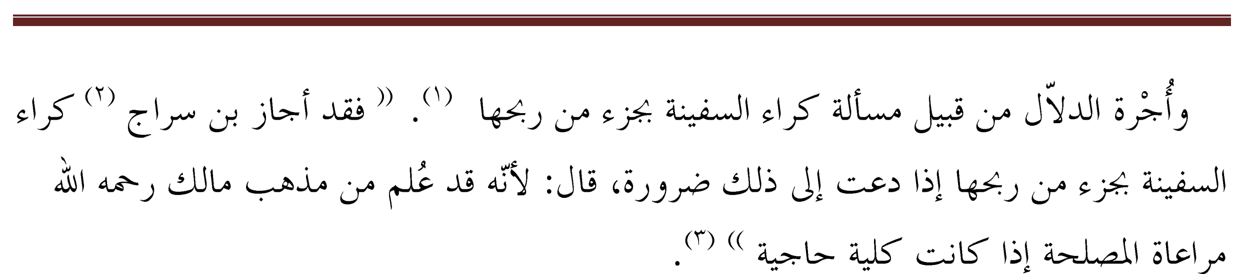
[2] الهداية في شرح بداية المبتدي، المرغيناني: 3/ 242.

[3] انظر: بدائع الصنائع: 4/ 210.

[4] انظر: الهداية: 3/ 243.

[5] ((هو المتوسط بين البائع والمشتري، والساعي للواحد منهما يعني من يعمل للغير بالأجرة بيعاً وشراءَ، ويقال له: السِّمسار)). التعريفات الفقهية، البركتي: 115- 116.

[6] انظر: التاج والإكليل لمختصر خليل، أبو عبد الله المواق المالكي: 7/ 496.



وأُجْرة الدلاّل من قبيل مسألة كراء السفينة بجزء من ربحها [1]. « فقد أجاز بن سراج [2] كراء السفينة بجزء من ربحها إذا دعت إلى ذلك ضرورة، قال: لأنّه قد عُلم من مذهب مالك رحمه الله مراعاة المصلحة إذا كانت كلية حاجية » [3].

وما ذُكِر عن أصبغ أنّه قال: « إنّ جميع ما يضطر إليه الناس ولا يجدون منه بدّاً، مثل حارث الزرع يستأجر بجزء منه، ولا يجد مَن يحرث له إلاّ بذلك الوجه فأرجو أنْ لا يكون به بأس » [4] .

.

وفي قول مالك يجوز أجر السمسار، قال ابن القاسم: «سألتُ مالكاً عن البَزّاز [5] يدفع إليه الرجل المال يشتري به بزاً، ويجعل له في كل مائة يشتري له بها بزاً ثلاثة دنانير؟ فقال: لا بأس به. وهو من الجُعل» [6] .

ومستند المالكية في جواز إجارة الدلال أو السمسار بأجرٍ مجهولٍ وما يشابهها من مسائل؛ هي المصلحة المرسلة، ووجه المصلحة في ذلك هو حاجة النّاس إلى الإجارة والضرورة التي تدفعهم إلى ذلك.

كما قال سحنون[7]: « لو حُملت أكثر الإجارات على على القياس لَبَطلت » [8] .

وهذه المصلحة مرسلة لخلوّ هذه المسألة عن دليل خاص يدل على جوازها، أو منعها .

ولأنّ في منع ذلك حرجاً وغُلوّاً في الدِّين [9] .

---

١ انظر: البهجة، التسولي: 2/ 299.

٢ هو أبو القاسم سراج بن عبد الله محمد بن سراج الأُموي مولاهم الأندلسي، القرطبي، المالكي، ولي الشورى بقرطبة، كان من أفضل أهل زمانه، عاش نيّفا وثمانين سنة، توفي سنة (456 هـ) . شجرة النور الزكية: 118.

٣ البهجة، التسولي: 2/ 311.

٤ المرجع نفسه: 2/ 311.

٥ «هو بياع البزِّ، والبزُّ متاعُ البيت، وعن الليث: هو ضرب من الثياب » . التعريفات الفقهية: 44.

٦ المدونة الكبرى، سحنون بن سعيد: 3/ 466.

٧ هو عبد السلام أبو سعيد سَحنون بن سعيد بن حبيب التنوخي، ولد سنة (160هـ)، كان فقيهاً حافظاً عابداً، أخذ العلم بالقيروان، ولِي القضاء بإفريقية، من مؤلفاته: المدونة في الفقه المالكي، وكان عليها الإعتماد في المذهب، توفي سنة (240هـ). شجرة النور الزكية: 1/ 69 – 70 ؛ الديباج المذهب: 265.

٨ التاج والإكليل، المواق المالكي: 7/ 495.

٩ انظر: المرجع نفسه: 7/ 495.



كلام الحنفية في المسألة:

سُئل محمد بن سلمة [1] عن أجرة السمسار، فقال: أرجو أنّه لا بأس به، وإنْ كان في الأصل فاسداً، لكن جوّزوه لحاجة الناس إليه كدخول الحمام [2] .

فإجارة السمسار تجوز استحساناً، لِما كان للناس بها حاجة [3]. والقياس يقتضي عدم الجواز؛ الجواز؛ لأنها إجارة جُهِل فيها الأجر، ووجه الاستحسان الذي هو على خلاف القياس هو كثرة تعامل النّاس بها، والحاجة الداعية إليها، وهذا وجه آخر للمصلحة التي أخذ بها المالكية .

تشابَهَ قول الحنفية والمالكية في هذا الفرع الفقهي، فكلاهما يرى جواز إجارة السمسار، لحاجة الناس بها. وفي هذا استناد للمصلحة المرسلة عند المالكية، أما الأحناف فدليلهم في ذلك الاستحسان.

الفرع الثالث: استحقاق الجُعل[4] على الآبق[5]

كلام المالكية في المسألة:

ذهب المالكية إلى جواز استحقاق الجُعل، لِمن ردّ دابة أو متاعاً، أو رقيقاً إلى ربِّه .

فعند مالك جَعْلُ الجُعل لمن جاء بعبدٍ آبقٍ جائز، سواءً ذكر موضعه أو لم يذكر[6].

قال أشهب[7]:((مَن كان شأنه طلب الدواب والأمتعة والرقيق، فيرُدُّها على أربابها فله جُعل مثله في ذلك على قدر عنائِه فيه، إنْ أراد ربُّ ذلك أخذه وإنْ كره أخذه فلا شيء فيه، إلاّ أنْ يكون جَعلَ فيه فعليه ما جعل فيه شاء أو أبى، ولولا فساد الناس وأنّه يُخاف على من أخذ شيئاً أنْ

---

[1] هو محمد بن سلمة أبو عبد الله، تفقّه على أبي سليمان الجوزجاني، وتفقه عليه أبو بكر الإسكاف، توفي سنة (278 هـ) وهو ابن سبعٍ وثمانين سنة. الجواهر المضية في طبقات الحنفية: 3/ 162.

[2] انظر: رد المحتار على الدر المختار حاشية ابن عابدين، محمد أمين بن عابدين: 9/ 87.

[3] انظر: حاشية ابن عابدين: 9/ 64.

[4] ((هو ما يُجعل للعامل على عمله)) . التعريفات، الجرجاني: 80.

[5] ((هو المملوك الذي يفرُّ من مالكه قصداً)) . التعريفات، الجرجاني: 05.

[6] انظر: المدونة الكبرى، سحنون بن سعيد: 3/ 468.

[7] هو أبو عمر أشهب بن عبد العزيز بن داود القيسي الجعدي المصري ، ولد سنة(140 هـ)،كان فقيها جمع بين الورع والصدق، انتهت إليه رئاسة مصر، خرج عن أصحاب السنن وعدد كتب سماعه عشرون كتاباً، توفي سنة(204هـ) .شجرة النور: 1/ 59 ؛ الديباج المذهب: 162.



لا يردّه إذا لم يُجعَل له فيه جُعلاً لم أرَ لمن أخذ ذلك فيه جعلاً إلاّ أنْ يكون صاحبه قد جعل فيه جعلاً فيلزمه)) [1] .

الظاهر من كلام أشهب، أنّهم استندوا في قولهم بالجواز، إلى المصلحة المرسلة، ووجه هذه المصلحة حفظ أموال النّاس من الضياع، ووجه كونها مرسلة هو عدم الدليل المعيّن الذي يدل على جواز الجُعلِ على الآبق، أو عدم جوازه . والله أعلم.

ذهب الحنفية إلى جواز استحقاق الجعل لمن عثر على الآبق استحساناً، والقياس ألاّ يثبت أصلاً كما لا يثبت بردّ الضالة [2] .

ووجوب الجعل استحسانُ مشايخ الحنفية، لاتفاق الصحابة على ذلك فمنهم من أوجب أربعين درهما، ومنهم من أوجب ما دونها[3] .

وعدم الجعل على الضال؛ لأنّ الحاجة إلى صيانة الضال دون الحاجة إلى صيانة الآبق، وردّ الآبق يحتاج إلى عناء فقلّما يرغب الناس في التزام ذلك لأجْل اعتقاد الأجر، وفي إيجاب الجعل تحصل صيانة الأموال [4] . فالآبق لا يتوصل إليه بالطلب عادة، فاستحق الجعل صيانةً له من الضياع، بخلاف الضالة فلا حاجة إلى صيانتها بالجعل[5] .

وجه الاستحسان هو صيانة الآبق من الضياع وبالتالي صيانة الأموال .وهذا قول بالمصلحة.

التشابه في هذه المسألة بين قولي الحنفية والمالكية واضح، فكلٌّ منهما يرى جواز الجعل على الآبق صيانةً لأموال الناس. وفي هذا أخذ المالكية بالمصلحة المرسلة، أما الحنفية فمأخذهم الاستحسان.

---

١ النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، أبو محمد القيرواني: 10/ 481.

٢ بدائع الصنائع: 6/ 203.

٣ انظر: البناية شرح الهداية: 7/ 346.

٤ المرجع نفسه: 7/ 348.

٥ بدائع الصنائع: 6/ 204.





المطلب الثالث: مسألة في الميراث

الفرع: ميراث زوجة الفارّ [١]

كلام المالكية في المسألة:

ذهب المالكية إلى القول بتوريث الزوجة المطلقة في مرض الموت، قصْدَ الفرار من توريثها.

قال سحنون:« أرأيتَ لو أنّ رجلا طلق امرأته وهو مريض ثلاثا أو واحدة يملك الرجعة فيها، ثم برأ وصَحّ من مرضه ذلك، ثم مرض بعد ذلك فمات من مرضه الثاني. قال ابن القاسم: قال مالك: إنْ طلقها واحدة ورثته إنْ مات وهي في عدّها، وإنْ كان طلاقه إيّاها البتة لم تَرِثْه إن مات في عدها إذا صح فيما بين ذلك صحة بيّنة معروفة. قال: وإن طلقها واحدة وهو مريض ثم صح ثم مرض ثم طلقها وهو مريض في مرضه الثاني طلقة أخرى أو البتة لم ترثه إلا أن يموت وهي في عدها من الطلاق الأول. قال: قال مالك: لأنّه في الطلاق ليس بفار. قال مالك: إلا أن يرتجعها ثم يطلقها وهو مريض فترثه وإنْ انقضت عدها لأنه قد صار بالطلاق الآخر فارًّا من الميراث لأنه حين ارتجعها صارت بمترلة سائر أزواجه اللائي لم يطلق » [٢] .

قول المالكية بتوريث الزوجة التي طلقها زوجها في مرض موته فراراً من ميراثها، استندوا فيه إلى المصلحة المرسلة؛ لأنّ القول بعدم توريثها فيه إضرار بها، ومعاملة الزوج بنقيض مقصوده يرفع الضرر عنها، هذا هو وجه المصلحة .

أما كون هذه المصلحة مرسلة؛ فلأنه لم يدل دليل معيّن بتوريث الزوجة المطلقة في مرض الموت، بقصد الفرار من توريثها، كما لم يدل دليل معيّن على عدم توريثها في هذه الحالة.

كلام الحنفية في المسألة:

ذهب الحنفية إلى أنّ الرجل إذا طلّق زوجته في مرض موته طلاقاً بائناً، فمات وهي في العدّة ورثته، وإنْ مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها [٣]. « وامرأة الفارّ ترث استحساناً » [٤] .

---

١ « هو الذي يطلق امرأته ثلاثاً في مرض موته فراراً عن وراثتها ماله » . التعريفات الفقهية، البركتي: 161.

٢ المدونة الكبرى: 2/ 78.

٣ انظر: البناية شرح الهداية، أبو محمد العيني: 5/ 439.

٤ العناية شرح الهداية، محمد البابرتي: 4/ 151.



قال زفر:((إذا طلقها ثلاثاً وهو مريض ثم صحّ ثم مات، فإنها ترث لأنه قصد الفرار حين أوقع في المرض، وقد مات وهي في العدة))[1] .

قالوا: إنّ الزوجية هي سبب إرثها في مرض موت الزوج، وهو قَصَد إبطال إرثها، فيُردّ عليه هذا القصد بتأخير عمل الطلاق إلى زمان انقضاء العدة، دفعاً للضرر عنها، وكأنّ الطلاق لم يوجد في حق الإرث[2] .

تشابَهَ الحكم الفقهي عند كلٍّ من الحنفية والمالكية في هذه المسألة، فكلاهما يقول بتوريث الزوجة المطلقة في مرض الموت فراراً من ميراثها، وذلك دفعاً للضرر عنها، ومستند المالكية في هذا الحكم المصلحة المرسلة، أما الحنفية فاستندوا إلى الاستحسان.

من خلال عرض هذه المسائل الفقهية، يُلاحظ تشابهٌ كبيرٌ بينها في الحكم الفقهي لدى الحنفية والمالكية، مع اختلاف الأصلِ المستنَد إليه في ذلك الحكم. فالمالكية مستندهم المصلحة المرسلة والأحناف مستندهم الاستحسان، وهذا يدل على أخذ الحنفية بالمصلحة المرسلة تحت مسمى الاستحسان.

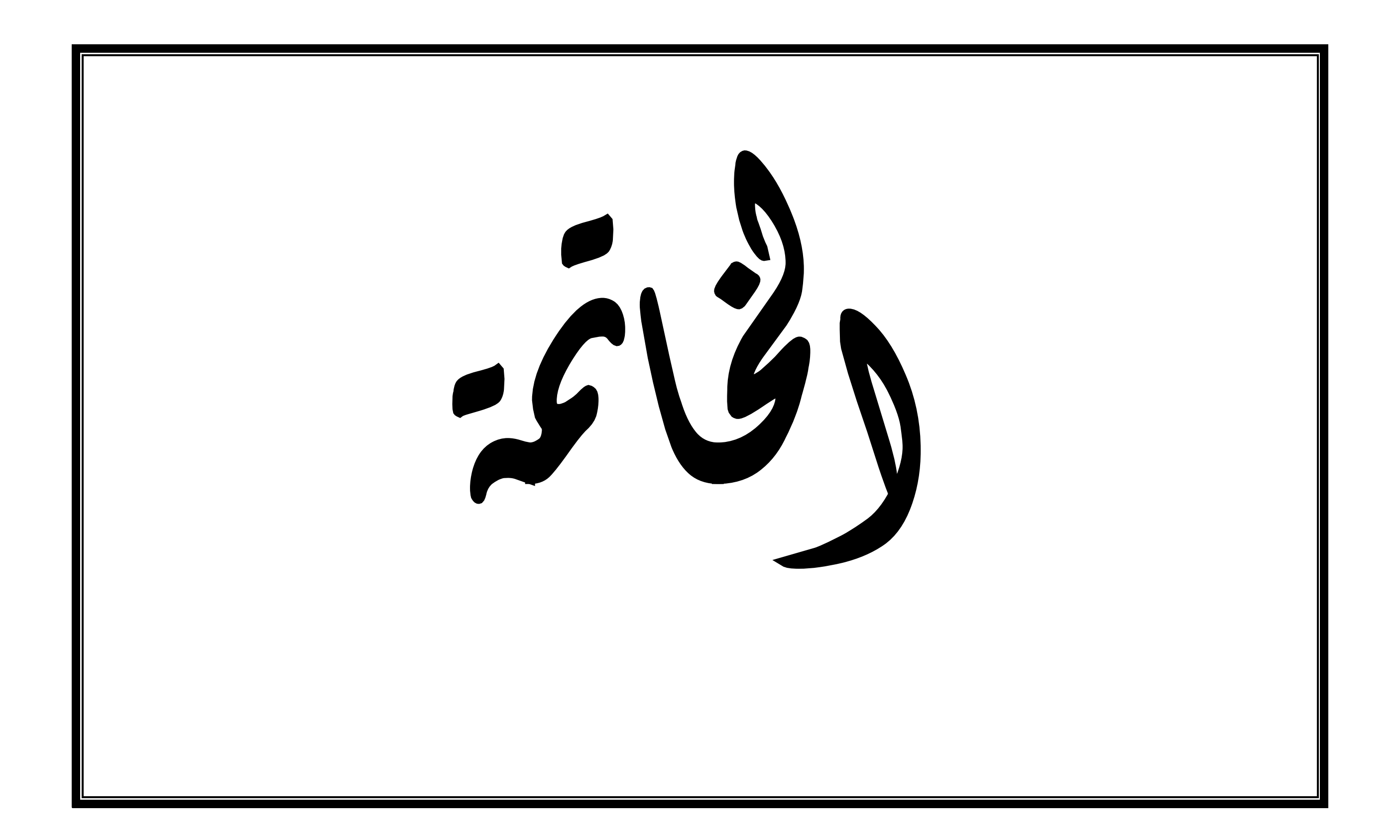
---

١ العناية شرح الهداية: 4/ 154.

٢ انظر: البناية شرح الهداية: 5/ 440.




شبكة الألوكة
www.alukah.net


الخاتمة


الجديد و الطريف
NEW & EXCLUSIVE

الخاتمة:

في نهاية هذا البحث خَلصتُ إلى مجموعة من النتائج تُقسّم إلى قسمين:

أ- نتائج عامة:

- غاية الشريعة الإسلامية في جميع أحكامها؛ هي تحقيق مصلحة العباد في العاجل والآجل.
- المصلحة المرسلة والاستحسان من أهم المصادر التي تثبت صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان.
- الأخذ بالمصلحة المرسلة أصل معتمَد في المذاهب الأربعة، وإنْ كان ذلك تحت مسميات أخرى.
- نسبة الأخذ بالمصلحة المرسلة متفاوتة بين أئمة المذاهب، فمالك يُعدّ زعيم الآخذين بها، ويليه أحمد بن حنبل ثم أبي حنيفة ثم الشافعي.
- تطبيق المصلحة المرسلة يعتمد على جملة من الشروط والضوابط، التي يُتوصّل بها إلى اجتهاد سليم.
- الاستحسان هو استثناء من القاعدة العامة، يرجع إلى رفع الحرج والمشقة.
- الاستحسان عند المالكية هو تعارض بين قياس جزئي ومصلحة كلية.
- المصلحة المرسلة تُبنى عليها الأحكام ابتداءً، أما الاستحسان فلا ينشئُ حكماً جديدا وإنما هو على سبيل الاستثناء من القاعدة العامة.

ب- نتائج خاصة:

- أوجه الاستحسان التي ذكرها الحنفية والمالكية، جميعها ترجع إلى التيسير والمصلحة.
- العلاقة بين المصلحة المرسلة والاستحسان علاقة عمومٍ وخصوصٍ مُطْلق.
- إنّ الخلاف في الأصل ليس بالضرورة خلافاً في الفرع، والدليل ما رأيناه من الخلاف في المصلحة والاستحسان.
- التشابه في الفروع الفقهية للمصلحة المرسلة عند المالكية والفروع الفقهية للاستحسان عند الحنفية، دليل على أنّ الخلاف لفظي.
- المالكية يأخذون بالاستحسان تحت مسمى المصالح المرسلة، والأحناف يأخذون بالمصالح المرسلة تحت مسمى الاستحسان، خاصة استحسان الضرورة والعرف والمصلحة .

الفهارس

* فهرس الآيات القرآنية
* فهرس الأحاديث والآثار
* فهرس المسائل الفقهية
* فهرس المصطلحات الفقهية
* فهرس الأعلام
* ثبت المصادر والمراجع
* فهرس الموضوعات





فهرس الآيات القرآنية





فهرس الأحاديث والآثار

مطلع الحديث والأثر	الصفحة
(تَصَدَّقْ بأصلهِ لا يُبَاعُ أصلها)	60،58
(لا تَبيعوا الذهبَ بالذهب إلا سواءً)	48
(لا تجتمع أمتي على ضلالة)	39
(لا يُصلح النّاس إلا ذلك)	17
(مَنْ أسلف في شيء ففي كيل معلوم)	45
(ما رآه المسلمون حسناً)	38،39





فهرس المسائل الفقهية





فهرس المصطلحات الفقهية





فهرس الأعلام المترجم لهم





ثبت المصادر والمراجع

القرآن الكريم برواية حفص .

كتب التفسير:

١. أحكام القرآن لابن العربي، محمد بن عبد الله الأندلسي، دار الكتب العلمية، دون تاريخ.

كتب الحديث:

٢. الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي، أبو عيسى، ت. إبراهيم عوض، شرطة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، ط1، (1382هـ - 1962م) .

٣. الجامع الصحيح، الإمام مسلم، دار طيبة، ط 1، (1427هـ _2006م) .

٤. الجامع الصحيح،البخاري، ت. محب الدين الخطيب، المطبعة السلفية ومكتبتها، ط 1، (1400هـ).

٥. سنن البيهقي الكبرى، أبو بكر البيهقي، ت. محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، (1414هـ - 1494م) .

٦. المسند، الإمام أحمد بن حنبل، ت. أحمد شاكر، دار المعارف، مصر، (1377هـ - 1957م)

٧. نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمعي في تخريج الزيلعي، جمال الدين الزيلعي، ت. محمد عوامة، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط 1، (1418 هـ - 1997م)

٨. التلخيص الحبير، ابن حجر، دار الكتب العلمية،ط1، (1419هـ - 1989م) .

كتب أصول الفقه:

٩. الإبهاج في شرح المنهاج، علي وتاج الدين السبكي، ت. شعبان إسماعيل، مكتبة الكليات الأزهرية، ط1، (1401هـ -1981م) .

١٠.أثر الأدلة المختلف فيها في اختلاف الفقهاء ، مصطفى البُغا، دار القلم، دمشق، ط 3، (1420هـ - 1999م).

١١.إحكام الفصول في أحكام الأصول، الباجي، ت.عبد المجيد تركي، دار الغرب الإسلامي، ط1، (1407هـ - 1986م) .

١٢.الإحكام في أصول الأحكام، ابن حزم، ت. أحمد شاكر، دار الآفاق الجديدة، بيروت.دون تاريخ .

١٣.الإحكام في أصول الأحكام، الآمدي، دار الصميعي، ط1(1424هـ - 2003م) .

١٤.إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، الإمام الشوكاني، ت. أبو حفص الأثري، دار الفضيلة، ط1 ، (1421هـ - 2000م) .

١٥.الأصول الاجتهاديةالتي يُبنى عليها الفقه المالكي، حاتم باي، ط 1، (1432هـ - 2011م)

١٦.أصول السرخسي، السرخسي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، (1414هـ- 1993م).

١٧.أصول الفقه، بدران أبو العينين بدران، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة، اسكندرية. دون تاريخ.

١٨.أصول الفقه، كمال إمام ورمزي دراز، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، (2007 م) .

١٩.الاعتصام، الشاطبي، تحقيق. أحمد عبد الشافي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، (1408هـ - 1988م) .

٢٠.البحر المحيط في أصول الفقه، الزركشي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط2 ، (1413هـ - 1992م) .

٢١.البرهان في أصول الفقه، الجويني،ت. عبد العظيم الديب، ط1، (1399هـ) .

٢٢.تاريخ التشريع الإسلامي التشريع والفقه، مناع القطان، مكتبة المعارف، الرياض، ط 2، (1417هـ - 1996م) .

٢٣.جمع الجوامع في أصول الفقه، تاج الدين السبكي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 2، (1424هـ - 2003م) .

٢٤.الخلاف اللفظي عند الأصوليين، عبد الكريم النملة، مكتبة الرشد، الرياض، ط 1، (1418هـ - 1996م) .

٢٥.رأي الأصوليين في المصالح المرسلة و الاستحسان من حيث الحجية، زين العابدين النور، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الإمارات، ط1، (1425هـ- 2004م).



٢٦.رسالة في رعاية المصلحة، الطوفي، ت. أحمد السايح، الدار المصرية اللبنانية، ط 1، (1413هـ - 1993م) .

٢٧.روضة الناظر وجُنة المُناظر، ابن قدامة المقدسي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، (1401هـ - 1981م) .

٢٨.شرح تنقيح الفصول، القرافي، ت. طه سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، ط 1، (1393هـ - 1973م) .

٢٩.شرح مختصر الروضة، نجم الدين الطوفي، ت. عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، ط 1، (1410هـ _ 1990 م) .

٣٠.شرح مختصر المنتهى الأصولي، ابن الحاجب، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، (1424هـ - 2004م) .

٣١.ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، محمدرمضان البوطي، مؤسسة الرسالة. دون تاريخ.

٣٢.فواتح الرحموت، عبد العلي اللكنوي، دار الكتب العلمية، بيروت،ط 1، (1423هـ - 2002م).

٣٣.كشف الأسرار، عبد العزيز البخاري، ت. عبد الله عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، (1418هـ - 1997م) .

٣٤.المحصول في علم أصول الفقه، الرازي، ت. جابر العلواني، مؤسسة الرسالة. دون تاريخ.

٣٥.مختصر منتهى السؤل والأمل في علمي الأصول والجدل، ابن الحاجب، ت. نذير حمادو، دار ابن حزم، ط1، (1427هـ - 2006 م) .

٣٦.المستصفى من علم الأصول، الغزالي، ت. حمزة زهير حافظ. دون تاريخ .

٣٧.مصادر التشريع فيما لا نص فيه، عبد الوهاب خلاف، دار القلم، الكويت، ط 6، (1414هـ - 1993م) .

٣٨.المصلحة المرسلة والاستحسان وتطبيقاهما الفقهية، عبد اللطيف العلمي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ط1، (1425هـ - 2004م) .





٣٩.المهذب في علم أصول الفقه المقارن، عبد الكريم النملة، مكتبة الرشد، الرياض، ط 1، (1420هـ - 1999م) .

٤٠.الموافقات في أصول الشريعة، الشاطبي، ت. عبد الله دراز،ط 2، (1395هـ - 1975م)

٤١.نفائس الأصول في شرح المحصول، القرافي، ت. عادل عبد الموجود ومحمد عوض، مكتبة نزار مصطفى الباز، ط1، (1416هـ - 1995م).

٤٢.نهاية السُول في شرح منهاج الأصول، الأسنوي، عالم الكتب . دون تاريخ.

كتب الفقه:

الفقه المالكي:

٤٣. البهجة في شرح التحفة، أبو الحسن التسولي، ت. محمد شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1418هـ - 1998م) .

٤٤. التاج والإكليل لمختصر خليل، أبو عبد الله المواق المالكي، دار الكتب العلمية، ط 1، (1416هـ - 1994م) .

٤٥. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد الدسوقي المالكي، دار الفكر. دون تاريخ.

٤٦. الذخيرة، القرافي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، (1994م) .

٤٧. المدونة الكبرى، سحنون بن سعيد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، (1415هـ -1994م) .

٤٨. المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغرب، أبو العباس الونشريسي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية، (1401هـ - 1981م) .

٤٩. النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، أبو محمد بن أبي زيد القيرواني، ت. محمد الأمين بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، ط1، (1999م) .

الفقه الحنفي:

٥٠. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الإمام الكاساني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، (1406هـ - 1986م) .



٥١. البناية شرح الهداية، أبو محمد الغياتي الحنفي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، (1420هـ - 2000م) .

٥٢. تحفة الفقهاء، محمد السمرقندي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 2، (1414هـ-1994م) .

٥٣. رد المحتار على الدر المختارحاشية ابن عابدين، ابن عابدين، ت. عادل عبد الموجود وعلي معوّض، دار عالم الكتب، الرياض، (1423هـ -2003م) .

٥٤. العناية شرح الهداية، محمد بن محمود البابرتي، دار الفكر. دون تاريخ.

٥٥. فتح القدير، كمال الدين بن الهمام، دار الفكر. دون تاريخ.

٥٦. الهداية في شرح بداية المبتدي، علي المرغيناني، ت. طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان . دون تاريخ.

الفقه الشافعي:

٥٧. الأم، الإمام الشافعي ، ت. رفعت عبد المطلب، دار الوفاء، ط 1، (1422هـ - 2001م).

كتب المصطلحات الفقهية:

٥٨. التعريفات الفقهية، محمد عميم الإحسان البركتي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1424هـ - 2003م) .

٥٩. شرح حدود ابن عرفة، أبو عبد الله الرصاع، ت. محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري، دار الغرب الأسلامي، بيروت، لبنان، ط1، (1993م) .

كتب التراجم:

٦٠. الجواهر المضية في طبقات الحنفية، محي الدين القرشي الحنفي، ت. عبد الفتاح الحلو، هجر للطباعة، ط2، (1413هـ - 1993م) .

٦١. الديباج المُذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، ابن فرحون المالكي، ت. مأمون الجنّان، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1417هـ - 1996م) .

٦٢. الذيل على طبقات الحنابلة، عبد الرحمن بن رجب، ت. عبد الرحمن العثيمين، مكتبة العبيكان، الرياض، ط1، (1425هـ - 2005م) .



٦٣. سير أعلام النبلاء، شمس الدين الذهبي، ت. شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة. دون تاريخ.

٦٤. شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، محمد مخلوف، المطبعة السلفية ومكتبتها. دون تاريخ.

٦٥. طبقات الشافعية الكبرى، تاج الدين السبكي، ت. محمود الطناحي وعبد الفتاح الحلو، دار إحياء الكتب العربية، ط1، (1383هـ - 1964م) .

٦٦. طبقات الشافعية، ابن قاضي شهبة، ت. الحافظ عبد الحليم خان، عالم الكتب، بيروت، ط1، (1407هـ) .

٦٧. مرآة الجنان وعبرة اليقظان في معرفة ما يعتبر من حوادث الزمان، الإمام أبو محمد اليافعي، ت. خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1417هـ - 1997م).

٦٨. معجم المؤلفين ، عمر رضا كحالة، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، (1414هـ - 1993م).

٦٩. هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين، إسماعيل البغدادي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان. دون تاريخ.

٧٠. سلوة الأنفاس ومحادثة الأكياس بمن أقبر من العلماء والصلحاء بفاس، أبو عبد الله محمد بن جعفر الكتاني، ت. الشريف محمد حمزة بن علي الكتاني.

كتب اللغة:

٧١. أساس البلاغة، الزمخشري، ط1، (1419هـ - 1998 م) .

٧٢. تاج العروس من جواهر القاموس، محمد الزبيدي، ت. حسين نصار، الكويت، (1369هـ - 1969م) .

٧٣. كتاب التعريفات، الشريف الجرجاني، مكتبة لبنان، بيروت، ط (1985م) .

٧٤. لسان العرب، ابن منظور، دار المعارف، القاهرة، ط 1.

٧٥. معجم اللغة العربية المعاصرة، أحمد مختار ،عبد الحميد عمر، ط 1، (1429 هـ _ 2008م)





٧٦. المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، مكتبة الشروق الدولية، ط 4، (1425هـ- 2004م)

كتب متفرقة:

٧٧. ابن حنبل حياته وعصره – آراؤه الفقهية، الإمام محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، مصر. دون تاريخ.

٧٨. إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن القيم، ت. أبي عبيدة آل سلمان، دار ابن الجوزي، ط1، (رجب 1423هـ).

٧٩. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن رشد القرطبي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط6، (1402هـ -1982م) .

٨٠. تيسير الفقه للمسلم المعاصر، يوسف القرضاوي، مكتبة وهبة، ط 1، (1420هـ - 1999م)

٨١. قواعد الأحكام في إصلاح الأنام، عز الدين بن عبد السلام، ت. نزيه حماد وعثمان جمعة، دار القلم، دمشق، ط1، (1421هـ- 2000م) .

٨٢. مالك حياته وعصره – آراؤه الفقهية، الإمام محمد أبو زهرة، در الفكر العربي، مصر. دون تاريخ.

٨٣. المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، ط 1، (1418هـ - 1998م).

رسائل ماجستير:

٨٤. المصلحة المرسلة ضوابطها وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي، سمية قرين.





فهرس الموضوعات


www.alukah.net
إهداء من شبكة الألوكة
شبكة الألوكة
www.alukah.net



الحمد لله رب العالمين